مَنَاهِجُ التَّحْصِيلِ
وَنَتَائِجُ لَطَائِفِ التَّأْوِيلِ
فِي
شَرْحِ المدَوَّنَةِ وَحَلِّ مُشْكِلَاتِهَا

تأليف
أبي الحسن عليّ بن سعيد الرجراجي

تقديم
فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور علي علي لُقَم

اعتنى به
أبو الفضل الدّمياطي
أحمد بن عليّ

الجزء السابع

دار ابن حزم

مركز التراث الثقافي المغربي

حُقوقُ الطَّبعِ محفُوظَةٌ

الطَّبْعَة الأولىٰ

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

ISBN 9953-81-431-7



الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022
المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366
هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)
بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

مَنَاهِجُ التَّحْصِيلِ

وَنَتَائِجُ لَطَائِفِ التَّأْوِيلِ

في

شَرْحِ المدَوَّنَةِ وَحَلِّ مُشْكِلَاتِهَا

(٧)



كتـاب المرابحة



بسم الله الرحمن الرحيم

صلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه

كتاب المرابحة

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها ثمان مسائل.

المسألة الأولى
في تقاسيم أنواع البيوع

اعلم أنهم قالوا: إنما البيوع تنقسم إلى أربعة أقسام : بيع مرابحة وبيع مساومة وبيع مزايدة وبيع استنابة واسترسال.

فأما بيع المرابحة: فهو أن يسمي له الثمن الذي اشترى به تلك السلعة ويربحه عليه.

أما على جملة الثمن كقوله: اشتريت بألف فيربحه على الجملة أو يربحه على أجزاء الثمن كقوله للعشرة أحد عشر قل الثمن أو كثر ، غير أنه لا يجوز للبائع أن يقول : قامت عليّ بكذا إطلاقًا ويسكت عن التفصيل ليربح على ذلك فلابد من البيان لأن ما قامت به عليه السلع ينقسم إلى ما يحسب مع رأس المال ويحسب له الربح وما لا يحسب ولا يحسب له الربح، وما يحسب ولا يحسب له ربح.

وتلخيص ذلك أن ماله عين قائمة في السلعة كالصبغ والخياطة والقصارة والطرز فإنه يحسب مع رأس المال ويحسب له الربح.

وكل ما ليس له عين قائمة إلا أنه له تأثير في زيادة الثمن أو لا تأثير له فلا يخلو ذلك من أن يكون مما يتولاه التأخير بنفسه عادة وعرفًا أو مما لا

يتولاه بنفسه أصلاً.

فإن كان مما يتولاه التأخير بنفسه في أغلب الأحوال كثير المتاع وطيه ونشره وشده فإنه لا يحسب ولا يحسب له الربح إلا إن استأجر على ذلك فقد اغتنم الراحة ودفع الكلفة والمؤنة عن نفسه ثم لا يلزم ذلك من اشتراه مرابحة إلا أن يعلم ذلك مما لا يشتريه التاجر إلا بواسطة السمسار فيحسب ولا يحسب له ربح.

وأما ما لا يتولاه التاجر بنفسه فلا كحمل المتاع والنفقة على الرقيق والحيوان.

أما حمل المتاع فذلك مما يؤثر في زيادة الثمن في السلعة فإنه يحسب ولا يحسب له ربح.

وإنما قلنا: إنه لا يحسب في الربح ؛ لأن المشتري الأول قد أدى قيمتها ثمنًا، وإنما قلنا: إنه لا يحسب الربح ؛ لأن المشتري الثاني إنما يربحه على أعيان السلع المشاهدة ثم لا يلزم أن يربحه على غير معين ولا مقبوض .

وأما الرقيق والحيوان فلا يخلو من أن يكون لهم غلة أم لا.

فإن كانت لهم غلة وفيها ما يقوم بمؤنتهم فإن نفقتهم لا تحتسب ولا يحسب لها الربح.

فإن لم يكون لهم غلة أولهم غلة لا تقوم بمؤنتهم فإن نفقتهم تحسب في المال ولا يحسب لها ربح كالحملان على سواء ، فإن ربحه على الجميع دون تفصيل ، وإنما قال: قامت عليّ بكذا وكذا من غير توزيع فذلك يختلف.

أما ما يحسب له فقد اختلف المذهب فيه على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أنه يلزمه البيان في الجميع وهو ظاهر «المدونة».

والثـاني: أنه لا يلزمه في الجميع لأن ذلك سلعة ثانية بل هي هي وهو تأويل التونسي على «المدونة».

والثـالث: بالتفصيل بين القصارة وغيـرها، فلا يحتاج في القصارة إلى البيان إذ لا يتوهم المشتري في ذلك أمرًا لـم يعلمه بل ذلك زيادة في الثمن على كل حال.

وأما الصبغ فإن كانـت الثياب التي تشترى لتصبـغ فلتبع ولا شيء وإن كانت من الثياب التي لا تشتري ولا يصلح لها فلا بيع حتى يتبين.

وأما الخياطة فلا يبع حتى يتبين من وجهين اثنين:

أحدهما: أن أكثر الناس يكرهون الشد في المخيط .

والثاني: أن المشتري يظن أن البائع الثاني اشتراها يحط ؛ لأن الظن فيما اشترى قائمًا ثم فعل وخيط أنه يحط مـن ثمنه وهذا تأويل الشيخ اللخمي ـ رحمه الله ـ وعـلى القول بأنه لابد له مـن البيان في الجميع أو فـي البعض على التفصيل.

فإذا باع ولم يبين فلا يخلو من أن تكون قائمة أو فائتة.

فإن كانت قائمة فهل بينهما أم لا؟ قولان قائمان من «المدونة»:

أحدهـما: أن البيع مفسوخ إن رضي البائـع بإسقاط ما حسب للذي لا يحسب له وهو ظاهر « المدونة » لأنه قال: البيع مفسوخ إلا أن يتراضيا على شيد فيجوز.

فجعل تراضيهما كابتداء بيع فيجوز وهذا قول ابن القاسم .

والثاني: أنه إن رضي البائع بإسقاط ما حسب أو رضي المشتري أن يربح عليه فالبيع بينهما جائز وهو ظاهر «المدونة» في مسألة الكذب، وهو مذهب سحنون.

وسبب الخلاف: هل يغلب في هذه المسألة حكم الغش والخديعة فيفسخ وإن رضي أحدهما بإسقاط حقه أو يغلب فيها حكم الكذب في الثمن فيجوز البيع إذا رضي أحدهما بإسقاط حقه.

فإن فاتت السلعة بماذا تضمن؟ فالمذهب على قولين:

أحدهما: تمضي بالقيمة ما بلغت وهذا القول يتخرج على القول بأن البيع يفسخ مع القيام وأن ذلك من باب الغش والخديعة.

والثاني: أنه يمضي بالأقل من الثمن أو القيمة .

وينبني الخلاف: على الخلاف هل ذلك من باب الغش والخديعة فتكون فيه القيمة بالغة ما بلغت أو هو من باب الكذب في الثمن فيكون فيه الأقل؟

وهذا البيع يدخله الدلسة من أربعة أوجه:

أحدها: أن تكون السلعة قديمة عند المشتري فيدخلها في السوق فيظن الناس أنها طرية مجلوبة.

والثاني: كتم عيب يعلمه فيها.

والثالث: الكذب وهو أن يزيد في الثمن الذي به اشترى .

والرابع : الغش وكتمان ما لو علمه المشتري لم يشترها مرابحة أو يزيد في شرائها جملة أو إظهار ما يغتر به المشتري ويظن أن ذلك ثمنها من رقم أو توظيف.

وهذا الباب أضيق أبواب البيوع أعني بيع المرابحة.

وأما القسم الثاني:في بيع المساومة : وهذا أحسنها وأسلمها.

وهو أن يساوم الرجل الرجل سلعته فيتماسكان فيبيعها بما يتفقان عليه من الثمن، وتدخله الدلسة من وجهين:

أحـدهمـا: أن تكون السلعـة، قائمة عند صاحبها فيدخـلها في السوق ليرى أنها طريقة مجلوبة، وهذا البيع يسمي بالتشريح عند أهل السوق أوباع في الجلـب أو الركة ما ليس مـنها فقد ذهـب بعض المتأخريـن إلى أن هذا دلسة.

والثاني: كتم عيب فيها مما لو علمه المشتري لم يشترها بذلك، واختلف هل لأحد المتبايعين القيام فيها بالغبن؟ على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه له القيام فيها بالغبن، وهي رواية أبي زيد عن ابن القاسم.

والثاني: نفي القيام وهو مشهور المذهب.

والثالث: التفصيل بين الجهل بعين المبيع أو الجهل بمقدار ثمنه.

فإن جهل المبيع نفسه مثل أن يبيع فص ياقوت يظن أنه زجاج أو اشترى زجاجًا يظن أنه فص ياقوت فله القيام بذلك.

فإن جهل مقدار ثمـنه كمن باع ما يسوي مائة بعشرة مـع معرفته بما باع يمينًا واسمًا فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه لا قيام بالغبن وهو المشهور.

والثاني: التفصيل بين أن يكون مغبونًا بأكثر من الثلث فيكون له القيام، أو بالثلث فأقل فليس له القيام وهذا القول حكاه ابن القصار عن المذهب.

وسبب الخلاف: اختلافهم في قوله ﷺ: **«دع الناس يرزق الله بعضهم مـن بـعـض»** (١) هل يقصر عـلى سببه أو يتعدى؛ لأن ذلـك ورد في بيع حاضرٍ لباد.

والقسم الـثالث: بيع المزايدة، وهو أن يرى سلعته الـنداء فيجتمع عليه

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٤/ ٣٤٦) بسند صحيح.

القوم فيزيدون إلى أن توقف على الثمن وما زاد فهو أحق بها.

فإن اشترك اثـنان في العطاء فـإما في كرة واحدة فإنـهما يشتركـان فيها اتفاقًا.

فإن سبق أحدهما وبعد الآخر في العطاء فهل يشتركان أو يكون للأول؟ قولان.

وهذا البيع جوزه جمهور العلماء، ومـنعه بعضهم لأن ذلك من مقتضى النهي، وقد قال النبي ﷺ: «**لا يسم أحدكم على سوم أخيه**» فحملوا النهي على ظاهره وأكثر العلماء حملوه على ما كان بعد التراكن والتقارب.

وهذا البيع يدخله الدلسة من ثلاثة أوجه، وجهان متقدمان.

والوجـه الثـالث: النجش وهو الزيادة على ثمـن السلعة من غير قصد للشراء، إما أن صاحبها دس من يزيد فـيها، وإما أن ينبعث إلى الزيادة من ذات نفسه فإن وقع البيع على هذا فينظر .

فإن كان النجاش من سبب البائع فالبيع يفسخ في الفوات والقيام إلا أن يرضي البائع أن يسقط النجش فيلزم البيع للمشتري.

وإن كان الناجش من غير سبب الـبائع وعلم ذلك في البيع [ق/ ٥٦ / ٢أ] لازم للمشتري ويستأثر الناجش بالإثم وحده.

وقـيـل: إن البيع يفـسخ على كل حال وهذا القول حـكاه أبو صالح القزويني عن المذهب في «كتاب المعتمد».

وسبب الخلاف: النهي هل يدل على فساد المنهي عنه أم لا؟

والـقـسـم الرابـع: بيع الاستنـابة والاسترسال وذلك في الجاهـل بقيمة السلعة أو بـسعر السوق مثل أن يقول الـبائع : بع مني كما تبـيع لغيري أو

اشتر مني كما تشتري من غيري، فـهذا البيع جائز أيضًا وأنه إذا عين كان له القيام بالغبن اتفاقًا.

[والحمد لله وحده][١] .

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثانية

إذا اشترى سلعة إلى أجل ثم باعها بالنقد مرابحة

فقد اختلف أرباب المذهب في البيع الواقع على هذه الصفة هل هو بيع فاسد فساد لا يلحقه الصحة أم لا؟ على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أنه مفسوخ مع القيام ويرد إلى القيمة مع الفوات ، وإلى هذا ذهب أبو الحسن القابسي ويحيى بن عمر.

ثم لا تخلو السلعة عند القائلين بالفساد من أن تكون قائمة أو فائتة.

فإن كانت قائمة فإن البيع فيها مفسوخ كما قلنا.

فإن رضي المشتري أن يأخذها بالثمن إلى ذلك الأجل فليس ذلك له؛ لأن ذلك سلفًا جر نفعًا والتأخير سلف من البائع ليتمسك بعقده وبيعه.

فإن كانت فائتة فليس للمشتري الرضا والتماسك ؛ لأن ذلك فسخ دين في دين إن تجانس الثمن مع القيمة وبيع الدين بالدين إن اختلف جنساهما وصرف مستأخر في العينين إن كان الثمن دنانير والقيمة دراهم أو بالعكس وسلف بزيادة إن كانت القيمة أقل، كأنه وجبت له القيمة وهي أقل فأخره بها إلى أجل يريد فيها.

واختلف القائلون بفساد هذا البيع إذا قال هل يضمن بالأقل أو بالأكثر؟ على قولين متأولين على «المدونة» :

فذهب أبو القاسم وغيره من القرويين إلى أنه عليه الأكثر وتأولوا قوله في «المدونة» إن كانت القيمة أكثر وليس له إلا ذلك أي القيمة لأنها أكثر، وإلى هذا ذهب ابن الموَّاز.

وتأولوا أيضًا قوله في الكتاب في المشتري إذا قال: أنا أقبل ولا أرد. أنه لا خير فيه على أنه مع القيام لا مع الفوات.

واستدلوا عليه بقوله: ولا أرد. والرد إنما يمكن مع القيام لا مع الفوات.

وحملوا قوله في «الكتاب» :لا أحبه ولا خير فيه، على التحريم.

والقـول الثـاني: أن عليه الأقل مـن الثمن أو القيمة وهـذا القول أيضًا متأول على «المدونة» من قوله: فليـس له إلا ذلك. يريد الثمن لأنه جاء به بلفظ المذكر والثمن مذكر والقيمة مؤنثة.

ولو أراد الـقيمة لـقال: ليس له إلا تلك أو إلا هـي وآخرون ممن يقول بالقول يقولوا: إنما فهم ذلك من سياق اللفظ. وصيغته: ليس له إلا ذلك، وهذا النفي يشعر بالتقليل.

فلو أراد القيمـة لقال كان ذلك له فلاحق العبارة وقطـع اللبس بجواب النفي دل على أنه قصد إلى الأقل، وبه قـال الشيخ أبو محمد بن أبي زيد - رحمه الله - في«مختصره»، وأبو القاسم بن شبلون ، ومعظم الشيوخ.

والقول الثاني مـن أصل المسألة: أنه عقد تلحقه الصحة وأن معنى قوله في «الكتـاب»: والسلعة مردودة إلى الـبائع مع القيام. أي إن شـاء المشتري وله الخيار ، وكذلك في «كتاب ابن حبيب».

قال ابـن أبي زمـنين : وهو مذهب ابن القاسم ويـعد هذا الرضا كشراء مستأنف ولا يلتفت إلى علة سلف جـر نفعًا : لأنه قد ملك الرد فقد ملك أن يملك ، وإلى هـذا ذهب أبو القاسم بن الـكاتب وابن لبابـة وأبو عمران الفاسي وابن أبي زمنين.

وسبب الخلاف: هل يحكم لهذه المسألة بحكم الغش والخديعة أو يحكم

فيها بحكم الكذب في الثمن أو متردد بينهما .

وأما سحنـون رضي الله عنه فـقد أطلق القول فـيها وحكم لهـا بحكم الكذب في المرابـحة ، ويقوم الثمن المؤجـل بالنقد ، ويجعل ذلـك كالثمن الصحيح ويراعي ألا تكون قيمة السلعـة أقل من قيمة المؤخر يريد بما ينوبها من الربح .

[والحمد لله وحده] (١) .

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثالثة

إذا نقد خلاف ما عليه عقد ثم باع مرابحة

فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يبيع على ما عقد.

والثاني: أن يبيع على ما نقد.

فإن باع على ما عليه عقد فإن بين جاز اتفاقًا فإن لم يبين فلا يخلو من أحد وجهين:

إما أن يعقد على عين تنقد عروضًا أو عينًا من غير جنسه.

أو عقد على عروض فيعد عينًا.

فإن عقد على عين ثم نقد خلافه فلا يبيع على ما عليه عقد باتفاق المذهب حتى يتبين لما علم أن العدول عن المعقود به إلى أخذ العوض عنه إذ الإبقاء طلبًا للارتفاق عنه المشتري .

فإذا باع على ما عقد ولم يبين فقد كذب إن قال: فاتت علي بكذا لما يعلم بالعادة أن المشتري إذا نقد خلاف ما عليه عقد أنه يجلب بذلك الرفق والوضيعة فمن هنالك يتبين لك أنه كذب في المرابحة.

فأما إن عقد على عروض فنقد عينًا أو عرضًا يخالفها فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه لا يبيع على واحد منهما حتى يتبين وهو ظاهر «المدونة».

والثاني: أنه يبيع على ما عقد ولا يبين ولا يبيع على ما نقد حتى يتبين وهو ظاهر قوله في «كتاب محمد».

وأمه الوجه الثاني: إذا باع على ما نقد فلا يخلو من أن يبين أم لا .

فإن بين وكان المنقود عرضًا عن عين جاز ذلك قولاً واحدًا .

فإن كان المنقــود عينًا عن عين من غيــر جنسها، أو نقد عيــنًا عن طعام فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: الجواز وهو نص «الكتاب».

والـثـانـي: المنع وهو ظاهــر «المدونة» من غير ما موضـع لأنه في العين صرف مستأخر، وفي الطعام بيعه قــبل قبضه ؛ لأن العقد إذا وقع بطعام ثم نقد عينه عينًا أو عرضًا فإن ذلك لا يكون إلا بتراضٍ من المتبايعين وذلك بيع مبتدأ أو هو بيع الطعام قبل قبضه .

وقد بينا هذه المسألة في «كتاب السلم» وفي « كتاب النكاح الثاني» بيانًا لا مزيد عليه.

فإن باع ولـم يبين فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من«المدونة»:

أحدهـا: أن البيع لا يجوز كبيعه على ما عقد عليه ولم يبين سواء وهو ظاهر «المدونة» وظاهر ما في «كتاب محمد» أيضًا من غير تفصيل في المنقود ما جنسه.

والـثانـي: الجواز عمومًا من غير تفصيــل، وهذا تأويل فضل بن سلمة على «المدونة» وهي رواية ابن وهب عن مالك في «موطئه»، وروى مثله عن مالك وابن القاسم وأشهب وعلي بن زياد وابن أشرس.

والثالث: التفصيل بين أن يكون ما نقد أقل مما عليه عقد فيجوز، وبين أن يكون أكثر فلا يجوز حتى يبين ، وهذا تأويل القاضي أبو الفضل عياض على «المدونة».

والــرابــع: التفصــيل بين العروض والطـعام وبين العين ، ففــي العين

والطعام يبيع على ما عليه عقد وإن لم يبين ، وفي العروض لا يبيع حتى يبين وهو قوله في «كتاب ابن الموّاز».

وينبني الخلاف على الخلاف في السلم الحالي هو يجوز أو لا يجوز؟

فمن جوزه جوز البيع ها هنا على الطعام والعروض؛ ومن منعه منع الجميع وهو المشهور.

ومن فرق بين المعدود والمكيل والموزون يقول: إن الثمن في المكيل والموزون واحد، والمعدود يختلف فيه الثمن بتقارب القيمة.

وتفاوت القيمة يختلف باختلاف نظر المفهومين وهو ظاهر قول مالك في «كتاب المرابحة » «وكتاب الشفعة» جواز السلم الحال وهي رواية منصوصة عنه في المذهب وقد جوز هنا أن يبيع على صفة ما نقد من العروض والطعام وقد قدم سلعته ونقدها في شيء موصوف مضمون في الذمة على أن يقبضه في الحال.

والأعذار التي يعتذر به الشيوخ المتأخرون عن هذه المسألة مع ما وقع منها في «كتاب الشفعة» كلها ضعيفة فمهما اعتذروا به عن قول ابن القاسم في «كتاب المرابحة» أن ابن القاسم إنما تكلم على أحكام المرابحة دون أن يتعرض لما عداها، فلو سئل عن السلم الحال لأجاب فيه بما هو معروف من مذهبه وكذلك ما اعتذروا به في مسألة الشفعة من أن الشفيع مضطر إلى ذلك إذ لا يقدر على غيره فهو عذر بارد لا يسوغ سماعه فإن الشرع لم يعذر أحدًا في مناولة ما حظره واستباحة ما حرمه فيما وجد عنه مندوحة ولا سيما في المعاوضات التي هي اختيارية.

والأخذ بالشفعة من قبيل المعاوضات على مشهور المذهب؛ إذ الشفيع مخير بين الإقدام والإحجام، وكيف يقال فيما هذه صفته أنه مضطر وهل

ذلك إلا تعسـف ومن يهد الله فما لـه من مضل وعلى القول بـأن البيع لا يجوز إذا باع على ما نقد لم يبين، فإن كانت السلعة قائمة ردت إلا أن يشاء المشتري أن يربح البائع على ما نقد .

فإن فاتت فإنـه يضرب له الربح على مـا نقد ما لم يكن أكثـر مما عقد عليه وربحه قلما يزاد عليه .

[والحمد الله وحده] (١) .

❑❑❑

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الرابعة
في الذي اشترى المتاع فرقم عليه أكثر مما باع به ثم باع مرابحة أو مساومة

ولا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يرقم فيها رقومًا أكثر من أثمانها ويبيع على الثمن الصحيح.

والثاني: أن يبيع على ما رقم.

والثالث: أن يسري جملة ويرقم عليها بوظيفة الثمن.

فأما الوجه الأول: إذا رقم عليها أكثر مما اشتراها لم يبعها على الثمن الصحيح مرابحة ومساومة فإن ذلك لا يجوز لأنه من وجه الغش والخديعة لأنه جعل الرقم عنوانًا يغتر به من أراد الشراء ويظن به الغفلة أو النسيان لثمنها ثم يتورع فيرى أن ذلك فرصة لثمنها [ق/ ٥٧ / ٢أ] ولا شك أن ذلك من باب الغش والخديعة.

وأما الوجه الثاني : إذا باعها على ما رقم عليها فقد زاد في ثمنها أو كانت ميراثًا أو هبة مما لا ثمن له معلوم . فذلك لا يجوز أيضًا لأنه من باب الكذب في المرابحة.

وأما الوجه الثالث: إذا اشترى جملة فرقم عليها بوظيفة الثمن فيبيع على ذلك مرابحة فإن ذلك لا يجوز أيضًا .

واختلف في غلته على ثلاثة أقوال :

أحدها: أن ذلك مسألة الكذب لأنه زاد في ثمن الجملة إذ ليس شراؤها كثيرًا السلعة المنفردة فقد زاد عند التوظيف على ما كان يجب للمفرد

بالحقيقة وهو مذهب سحنون .

والثـاني: أنه مسألة غش وخديعة لأنه غش حين لم يبين له أنه اشتراها جملة تـكون للمشتـري يظن أنه اشتراهـا أفرادًا ، وبه قال بعض المـتأخرين لاختلاف تقويم المقومين إذ ليس كل واحد موثق بتقويمه.

والـثالـث: أنها مسألة غش وكذب لاجتمـاع الظنين فيها وهو قول ابن عبدوس وهو أظهر الأقوال.

[والحمد لله وحده][1] .

❑❑❑

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الخامسة

في الجارية إذا ولدت

وقد قال في الكتاب إذا اشترى جارية فولدت عنده فلا يبيعها مرابحة ويحبس الولد إلا أن يبين.

فانظر كيف جوز ابن القاسم البيع إذا وقع على هذه الصفة لما فيه من التفرقة بين الأم والولد.

وقد اختلف أصحابنا في تعليل جوازها على ستة أقوال :

أحدها: لقولهم : لعله أعتق الولد.

والثاني: أن يكون الولد بلغ حد التفرقة. والتأويلان باطلان .

أما الأول : فلقوله في الكتاب: ويحبس الولد فلو كان الولد حرًا فلا يحتاج إلى أن يحبسه.

وأما الثاني: فلو كان طول الزمان يؤثر في بيع المرابحة حتى تبين قد حبس الولد أو بيع معها.

والثالث: لعل الولد قد قامت وذلك باطل أيضًا لقوله: ويحبس الولد هنا الذي يحبس إذا مات الولد وذلك إحالة المسألة.

والرابع: لعله على تأويل ابن القاسم في «العتبية » وتخريجه في سماعه أنه رجع إلى إجازة بيع التفرقة ، وقد وهموه في هذا التأويل.

والخامس: أن يكون ذلك برضا الأم على أحد القولين بأن ذلك من حقها.

والسادس: أنه إنما تكلم هنا على أحكام المرابحة ولم يتعرض للكلام

على التفرقة فلم يتجوز منها وكثير ما يرد له مثل هذا في مسائله.

[والحمد لله وحده][1] .

❐❐❐

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة السادسة
في الذي باع بمائة مرابحة
ثم تبين له أنه قامت عليه بعشرين ومائة

فلا يخلو من أن تكون السلعة قائمة أو فائته.

فإن كانت قائمة يخير المشتري بين أن يضرب له الربح على رأس ماله مائة وعشرين أو ردها.

فإن فاتت خير المشتري أيضًا أن يضرب له الربح على عشرين ومائة أو يعطيه قيمتها ما لم تكن أقل من المائة وربحها أو يكون أكثر من مائة وعشرين ربحها، فهذا ترتيب المسألة وتحريرها قيامًا وفواتًا، وقد بين في «الكتاب» وجهي الخيار مع قيام السلعة وخيره في الفوات ، ولم يبين إلا وجهًا واحدًا إلا أنه لم يبين حكم الخيار مع القيام أحال ذلك البيان مع الفوات فإذا اختار أن يربحه على مائة وعشرين، فهل عليه البيان إذا أراد أن يبيع؟

فلا يخلو من أن يبين لدعوى البائع الثاني وجه أم لا. فإن بين له وجه مثل أن يقيم بينة على ما يدعيه أو يأتي من رقوم السلع ما يستدل به على صدقه فللمشتري الثاني أن يبيع ولا يبين.

فإن صدقه من غير أمارة دلت على صحة دعواه فإنه لا يبيع حتى يبين؛ لأن ذلك من باب الكذب في المرابحة.

[والحمد لله وحده] (١) .

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة السابعة

في الذي ورث نصف السلعة واشترى الباقي

فلا يخلو من وجهين :

أحدهما: أن يبيع له النصف إطلاقًا.

والثاني: أن يقول له أبيعك النصف الذي اشتريت .

فإن قال: أبيع منك نصف هذه السلعة ولم يبين ، فإن البيع لا يجوز؛ لأن البيع وقع فيما باع وفيما ورث وربحه على الجميع وذلك كذب في ثمن ربع الميراث.

فإن قال: أبيع منك النصف الذي اشتريت فلا يخلو من أن يتقدم الشراء على الميراث أو يتأخر عنه.

فإن تقدم الشراء على الميراث فلا خلاف أنه يقع مرابحة ولا يتبين .

فإن تقدم الميراث على الشراء فهل يحتاج إلى البيان أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أنه لا يبيع حتى يتبين وهو قول أبي الحسن بن القابسي.

ووجهه أن الميراث إذا تقدم على الشراء فربما أنه لا يتغالى في الثمن في شراء النصف الباقي ليتكامل له الملك .

والثاني: المساواة بين تقدم الميراث على الشراء أو تأخره .

[والحمد لله وحده][1] .

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثامنة

إذا كذب في المرابحة وزاد في الثمن

فلا تخلو السلعة من أن تكون قائمة أو فائتة.

فإن كانت قائمة خير المبتاع بين أخذها بجميع الثمن أو ردها.

فإن اختار الرد كان الخيار للبائع بين أن يحط الكذب وربحه فيلزم المبتاع ولا كلام له.

فإن أبا فسخ البيع بينهما ويؤدب الفاجر المعتاد ويرد البيع .

فإن فات السلعة فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يفيتها ما يفيت البيع الفاسد من حوالة الأسواق فأعلى فيكون على المبتاع قيمتها يوم قبضها إلا أن يكون ذلك أكثر من ثمن الكذب وربحه فلا يزاد عليه ، أو يكون أقل من الثمن الصحيح وما قابله من الربح فلا ينقص منه، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» في غير المكيل والموزون.

وما يرجع فيه إلى المثل فإن المشتري يرد المثل فيكون الرضا بذلك بجميع الثمن أو رد المثل.

والثاني: أن البائع في فوات السلعة تخير من أخذ الربح على ثمن الصحيح أو القيمة.

فإن اختار أخذ القيمة كان ذلك له إلا أن يشاء المبتاع إن ثبت على ما اشتراها به.

فإن أبى فعليه قيمتها يوم ابتاعها إلا أن يكون أقل أو أكثر على نحو ما ذكره ابن القاسم، وهي رواية علي بن زياد عن مالك في «المدونة».

والثالث: أنه يؤخذ الفضل من البائع فيدفع إلى المشتري وهو قول مالك في «كتاب ابن الموَّاز» ، قيل: القيمة أعدل، قال: نعم، القيمة أعدل.

فعليّ بن زياد خالف ابن القاسم في ثلاثة مواضع:

أحدها: أنه يفتيها حوالة الأسواق عنـد ابن القاسم ، وظاهر قول علي ابن زياد أن حوالة الأسواق فيها ليس بفوت وعليه حمله بعضهم.

والثاني: أن ابن القاسم خيرهما مع القيام دون الفوات.

وفي رواية عليّ خيرهما مع القيام والفوات.

والثالث: أن ابن القاسم قال: يغرم قيمتها يوم قبضها.

وعلي يقول: يغرم قيمتها يوم ابتاعها.

[والحمد لله وحده] [١] .

❑❑❑

---

(١) زيادة ليست بالأصل .

كتـاب الوكالات



كتاب الوكالات

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها ست مسائل:

المسألة الأولى

في تصرف المأمور بعد موت الآمر بعد أن عزله

وقد اختلف المتأولون والشارحون في تخريج هذه المسألة وتنزيلها وتلفيق ما وقع في «المدونة» في «كتاب الوكالات» و«كتاب الشركة».

وقد قال في أول «كتاب الوكالات» إذا باع المأمور واشترى بعد موت الآمر ولم يعلم بموته أنه لا ضمان عليه ومثله في «كتاب الشركة» في الشريكين يفترقان ولهما دين من شركتهما على رجل فيقضي الغريم أحدهما أنه إن علم بافتراقهما فهو ضامن لنصيب الذي لم يدفع إليه ويرجع على الذي دفع بمقدار الذي عزم للشريك الذي رجع إليه لانفساخ الوكالة فيما بينهما بافتراقهما لعلمهما جميعًا؛ وإن لم يعلم فلا ضمان عليه.

وقد قال في كتاب الشركة في الذي يحجر على وكيله فيقضي من غرمائه بعد عزله وهم لا يعلمون بذلك أنهم لا يبرون بالدفع إليه، وإن لم يعلم هو بعزله. هذا هو ظاهر قوله، وعليه حمله الشيخ أبو إسحاق التونسي وأبو القاسم بن محرز وغيرهما من الشيوخ.

وقال في «كتاب العدة» وغيره من كتب «المدونة» في التي طلقها زوجها ولم تعلم بالفراق فأنفقت من ماله بعد الطلاق، فإن الزوج لا يرجع عليها بما أنفقت من ماله بعد الطلاق، وقال: إذا مات الزوج ولم تعلم بموته فأنفقت من ماله بعد الموت أن للورثة الرجوع عليها بما أنفقت من مال الميت

بعد الموت فمنهم من ساوى بين الموت والعزل والعلم وعدم العلم.

وأن ما في «الكتاب» اختلاف قول ،ومنهم من ساوى بين الموت والعزل وفرق بين العلم وعدمه، ومنهم من حمل ما في «الكتاب» على الوفاق وجعل ذلك اختلاف أسئلة وفرق بين الموت والعزل وبين العلم وعدمه.

فمن ساوى بين الموت والعزل وعدمه وبين العلم وعدمه يقول : إن المسألة تتخرج على ثلاثة أقوال :

أحدها: أن الوكالة لا تنفسخ وأنه باقٍ عليها يبيع ويشتري ويتقاضى حتى يعزله الورثة سواد علم أم لا ، وهو قول مطرف وابن الماجشون في واضحة ابن حبيب في الموت والعزل مثله .

والثاني: أن الوكالة تنفسخ بموت الآمر علم ذلك أم لا ولا يجوز له بيع ولا شراء ولا قضاء ولا اقتضاء إلا بتوكيل الورثة وهو قول أصبغ في الموت وهو قول مالك في «كتاب الشركة» على ما تأول بعضهم.

والثالث: التفصيل بين أن يكون الآمر هو الذي باع فيكون المأمور معزولاً عن اقتضاء والثمن ويكون المأمور هو الذي تولى البيع فيجوز له الاقتضاء وهو قول أصبغ [ق/ ٥٨ / ٢أ] في سماعه عن ابن القاسم في «العتبية».

ومن فرق بين العلم وعدمه فيقول : إن المسألة تتخرج على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة».

أحدها: أنه معزول بنفس الموت والعزل وإن لم يعلم بذلك وهوقول ابن القاسم في «كتاب الشركة» من « المدونة » في الذي يحجر على وكيله فيقضي من غرمائه بعد عزله وهم لا يعلمون بذلك أنهم يبرون بالدفع إليه وإن لم يعلم هو بعزله وهو ظاهر قوله، وعليه حمله التونسي وابن محرز

كما قدمناه.

فإن لم يبر الغرماء بالدفع إليه فكذلك لا يبرأ هو ويكون للغرماء أن يرجعوا عليه وهو ضامن لما قبض، فهذا يبين لك أن الوكالة تنفسخ في حقه وفي حق من رجع إليه.

والثاني: أنه لا يكون معزولاً في حق أحد إلا بوصول العلم إليه فيكون معزولاً في حق نفسه بوصول العلم إليه وفي حق من دفع إليه أوبايعه بوصول العلم إليه وهو قول مالك في «كتاب الوكالات» من «المدونة» حيث قال: إن الورثة يلزمهم ما باع الوكيل أو اشتري بعد موت الآمر قبل علم الوكيل، وكذلك يبرأ من دفع إليه من الغرماء إذا لم يعلم بموت الآمر على قياس قوله.

فعلى قول مالك هذا لو علم بموت موكله فباع ولم يشتر بذلك فتلفت السلعة عنده لكان الوكيل ضامنًا بقيمتها لانفساخ الوكالة في حقه لعلمه بعد موته وتعديه فيما لا تصرف له فيه ولم يكن على المشتري أن يرد الغلة إذا أخذت منه السلعة وإن لم يعلم الوكيل بموته وعلم المشتري منه لكان عليه لتعديه بابتياع ما قد انفسخت الوكالة فيه في حقه وهو ظاهر قول مالك في الشريكين في «كتاب الشركة» أيضًا.

والقول الثالث: أنه لا يكون الوكيل معزولاً إلا بوصول العلم إليه فإذا وصل العلم إليه كان معزولاً في حقه وحق من اقتضى منه أو بايعه وهو قول أشهب، وهو تأويل بعضهم لقول مالك في المسألة التخيير على الوكيل في «كتاب الشركة».

ومن فرق بين الموت والعزل فيجعل في الموت ثلاث أقوال، وفي العزل ثلاثة أقوال، ووجهه الفرق بين الموت والعزل عنده أن بالموت صار المال لغير

الآمر فيكون الوكيل بتصرف في مال الغير بغير إذنه وعلمه بالموت وعدمه سيان ؛ لأن العمد والخطأ في أفموال الناس سواء وفي تبرئة الغريم بالدفع إلى الوكيل بعد العزل وقد علم أو لم يعلم؟ أربعة أقوال:

أحدها: أنه لا يبرأ بالدفع سواء علم الوكيل بالدفع أو لم يعلم وهو قول مالك في «كتاب الشركة».

والثاني: أنه برئ من الدفع إليه إذا لم يعلم الغريم وإن علم الوكيل بالعزل وهو قول سحنون وهو ظاهر قول مالك في التحجير على الوكيل في «كتاب الشركة» على تأويل بعضهم.

والثالث: التفصيل بين أن يعلم الوكيل بالعزل فلا يبرأ الغريم بالدفع وبين ألا يعلم فيبرأ وهو قوله في «كتاب الوكالات» في الموت وفي «كتاب الشركة» في الشريكين إذا افترقا ثم اقتضي الغريم أحدهما دينا لهما عليه.

والقول الرابع: أن الغريم يبرأ وإن علم بعزل الوكيل إذا أوصل إليه العلم من غير جهل الطالب ؛ لأن الوكيل قد سلطه الآمر على الاقتضاء والوكالة بيده فلا يقرر الغريم على الانفلات منه ؛ لأنه إن احتج إليه فإنه معزول كان عليه البيان لما يدعيه فكان التفريط من جهة الطالب فإذا أوصل إليه العلم من جهة الطالب كان التفريط من جهة الغريم إذا رضي منه فعزله الوكيل من غير إشهاد ، وهذا قول قياسي.

ومن جعل ذلك اختلاف قول قال: يدخل الخلاف في كل واحدة من المسألتين على صاحبتها فتتداخل الأقوال بين مسألة العزل ومسألة الموت فيحصل في المسألة خمس تأويلات:

أحدها: أنه لا فرق بين موت الآمر وعزله لوكيله وأن في كل واحد منهما ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الوكالة تنفسخ بنفس الموت والعزل في حق الوكيل وحق من عامله وإن لم يعلم واحد منهما بذلك على ظاهر ما في «كتاب الشركة» في عزل الوكيل.

والثاني: أنها لا تنفسخ في حق واحد منهما إلا بوصول العلم.

والتأويل الثالث: الفرق بين الموت والعزل.

فلا تفسخ الوكالة في الموت في حق كل واحد منهما إلا بوصول العلم إليه، وفي العزل قولان:

أحدهما: أن الوكالة تنفسخ بنفس العزل في حقهما جميعًا.

والثاني: أنها تنفسخ في حقهما جميعًا بمعرفة الوكيل خاصة.

والتأويل الرابع: الفرق بين الموت والعزل.

فلا تنفسخ الوكالة في الموت في كل واحد إلا بوصول العلم إليه وتنفسخ في العزل بوصول العلم إلى الوكيل قولاً واحدًا.

والتأويل الخامس: الفرق أيضًا بين الموت والعزل.

فتصح الوكالة بمعرفة الوكيل في حقه وحق من عامله، وفي العزل بنفس العزل، وإن لم يصل العلم بذلك إلى واحد منهما.

وسبب الخلاف في جميع ما ذكرناه في هذه المسألة:

اختلاف الأصوليين في النسخ متى يستعمل؟ هل بنفس وروده أو لا يلزم المكلف استعمال مقتضاه إلا بعد البلاغ؟ [فمن أنه لا يلزم المكلف استعمال مقتضاه إلا بعد البلاغ] [(١)] قال بجواز تصرفات الوكيل بعد الموت والعزل حتى يعلم وهو قول مالك في أول «كتاب الوكالات»، وفي التي

(١) سقط من الأصل.

طلقها زوجـها وهو غائب عنها ولم تـعلم بالطلاق وغير ذلـك مما لا يخفى كثرة، وهو مذهب أبي حنيفة.

والدليل على صحـة هذا الاعتبار فعل أهل قباء في تحويـلهم وجوههم إلى القبلة وهم في الصلاة ، وبنوا على ما مضى منها لما بلغهم أن القبلة قد حولت.

فلو كان الـنسخ يستعـمل بنفس وروده لكـانت صلاتهم فاسـدة لوقوع بعضها إلى قبلة منسوخة.

فتقرير النبي ﷺ إياهم على فعلهم دليل على ما ذكرناه .

ومن رأي أنه يستعمل بنفس الورود قال بـبطلان جميع تصرفات الوكيل بعد الموت والعزل ، وهو قول مالك في التـي يموت عنها زوجها أو يطلقها أن عدتها من يوم وقع الفراق.

والموت ليس من يوم يأتيها الخبر وهو قوله في الوكيل يعزل أيضًا.

والدليل على صحة هذا الاعتبار أن حكـم الله تعالى قد استقر وخفاؤه على من خفي عـنه لا يخرجه عن أن يكون متعدًا بـه وأكثر ما في ذلك أن يكون معذورًا بجهله بهذا.

فعلى هذا التأويل لا يكون الاختلاف الحاصل في أفعال الوكيل ومبايعته واقتضـائه بعد عـزل أو موت مـوكلـه وما أنفـقت المـرأة بعد مـوت زوجـها أو طلاقه إياها قبل أن تعلم بذلك إلا من جهة الاختلاف في العذر بالجهل، ومراعاة التفريط بالإعلام .

[والحمد لله وحده] (١) .

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثانية
في المأمور إذا ردت عليه دراهم

فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يعرفها المأمور ويقبلها.

والثاني: ألا يعرفها ولا يقبلها.

والثالث: ألا يعرفها ويقبلها.

فالجواب عن الأول: إذا عرفها المأمور وقبلها.

فلا يخلو من أن يكون قد قبض عين المشتري أو أسلمه إلى الآمر أو لم يقبضه.

فإن كان قد قبضه وسلمه إلى الآمر فلا يخلو من أن يكون معوضًا إليه.

فإن كان معوضًا إليه فلا خلاف أن قوله في ما قبضه مقبول ويلزم البدل الآمر.

فإن كان غير معوض إليه وإنما هو وكيل مخصوص على شيء بعينه هل يقبل قوله على الآمر أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أنه لا يقبل قوله عليه لأنه معزول بنفس فراغه مما وكل عليه.

والثاني: أن قوله مقبول لأن ذلك من توابع ما وكل عليه. والقولان حكاهما القاضي أبو الفضل في المذهب فإن كان ذلك قبل أن يقبض الشيء المشتري فالبدل لازم للآمر، وهل ذلك لازم بعد يمين البائع وهو قول أشهب لأن البائع غاب عنها ويحلف أنها من الدراهم التي قبض من المأمور.

والثاني: أنه لا يمين عليه إلا أن يدعي الآمر أنه قد أبدلها.

والجواب عن الوجـه الثاني : إذا لم يعرفها المأمور ولا قبـلها فللبائع أن يحلف الآمر والمأمور ، واختلف في المبدي مـنهما باليمين على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أن المأمور مقدم في اليمين ، وعليه اختصر ابن أبي زيد وغيره حيث قال: ثم للـبائع أن يحلف المأمور ، وهذا تأويـل على «المدونة» وهو الذي في «كتـاب محمد» لأنه هو الـذي تأول المعاملة وعـليه يحقق الـبائع الدعوى وعليه عهدة المعاملة.

والثـاني: أن الآمر مقدم في اليمين علـى المأمور، و«الواو» في قوله في الكتاب وللبائـع أن يستحلف [الآمر] (١) بعد أن قدم يمين المـأمور لا يوجب رتبة لأن الآمر هو المالك للسلعة والمقدم في الطلب لأن الوكيل بالدفع [ق/ ٥٩/ ٢أ] تمت وكالته وانقضت، وهذا القول متأول على «المدونة».

والثـالث: أن البائع مخير في تبدية من شـاء منهما باليمين إذ من نكل منهما كان له أن يحلف ويغرمه، وهذا القول أيضًا متأول على «المدونة» من قوله: وللبائع أن يستحلف الآمر.

فإذا قلنا : إن من نـكل منهما حلف البائع وأخذ مـنه حقه ، فإن كان الآمر هو الناكل حلف البائع وعزم الآمر عـلى القول بأنه هو المبدي باليمين ثم ليس له تحليف المأمور إلا أن التهمة ببدلها فيحلف.

فإن نكل هنا البائع لم يكن له أيضًا على المأمور يمين لأن نكوله عن يمين الآمر نكول عن يمين المأمور إذ هما سواء.

فإن ابتدأ بالمأمور فـي اليمين فنكل حلف البائع وأبـدلها المأمور . وهل للمأمور أن يحلّف الآمر؟ قولان .

---

(١) في أ : البائع .

والجواب عن الوجه الثالث : ألا يعرفها المأمور ويقبلها فلا إشكال في هذا الوجه أن البدل على المأمور . وهل يحلف الآمر أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أنه لا يمين عليه أصلاً لأن المأمور لما قبلها ولم يعرفها من دراهم الآمر فقد التزم البدل للبائع وتبرع به .

والثاني: أنه يحلف وهو قول مالك في «المدونة» و«كتاب الوكالات».

فعلى القول بأنه يحلف من الذي يحلفه ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما: أن البائع هو الذي يحلفه وهو ظاهر «المدونة».

والثاني: التفصيل بين أن يكون المأمور موسراً أو معسراً.

فإن كان موسراً فإنه يحلف الآمر ثم يغرم للبائع ما قبل منه من الدراهم.

فإن كان معسراً كان للبائع أن يحلف الآمر، وإلى هذا نحا أبو عمران الفاسي.

[والحمد لله وحده][1] .

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثالثة

في الوكيل إذا لم يشهد على المشتري وقد جحده الثمن

فلا يخلو الوكـيل من أن يكون وكيلاً مشتركًا أو مـخصوصًا، فإن كان وكيلاً مشتركًا بين العام والخاص كالسـماسرة والطوافين بالسلع في الأسواق إذا ادعى أنه قد باع سلعة مما جوعل عليه لهذا الرجل فأنكر الرجل أن يكون قد اشترى منه شيئا، هل يضمن أم لا؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما: أنه لا ضمان عليه ولا يمين إلا أن يتهم فيحلف وهو قول أبي محمد بن أبي زيد وأبي بكر بن عبد الرحمن ؛ لأن العرف يشهد للسماسرة أنهم لا يشهدون لمعرفتهم بالناس.

والثـاني: أنهم ضامنون كغيرهم من الوكلاء وهو قول الإبياني فإن كان وكيلاً مخصوصاً مثـل أن يوكله على بيع سعلة فيتولى الوكـيل النداء عليها فلا يخلو المشتري من أن يعزله بالشـراء أو يختلفا في مقدار الثمن أو جحده الشراء جملة.

فإن أقر له بالشراء واختلفا في مقـدار الثمن ويدعي المشتري أنه اشتراها منه بأربعين، وقال المأمور: بل بخمسين، فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنهما يتحالفان ويتفاسخان ثم لا شيء للآمر على المأمور وهو قول ابن القاسم.

والثـاني: أنهما يتحالفان ويتفاسخان ويغرم المأمور للآمر خمسين ديناراً وهو قـول محمـد لأنه فرط فـي ترك الإشهـاد. فإن نكـل المأمور وحـلف

المشتري فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن البيع مفسوخ بينهما وهو قول مالك في «كتاب محمد» لأنه يقول: لا تؤخذ سلعتين بغيرهما أقر وكيل أنه باع به.

والثاني: أن القول قول المشتري ويغرم الأربعين، وهل يغرم الرسول العشرة الباقية أم لا؟ على قولين :

أحدهما : أن الرسول لا يغرم شيئا وهو ظاهر قول ابن القاسم.

والثاني: أنه يغرم العشرة، وهو قول ابن المواز.

فإن جحد له الثمن جملة هل يصدق أم لا؟ فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه لا يصدق ويضمن لتفريطه في ترك الإشهاد، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب» وهو مشهور المذهب.

والثاني: أنه يصدق ولا ضمان عليه وهو قول عبد الملك في الوكيل وفي المبعوث معه المال ليدفعه إلى رجل فأنكره المبعوث إليه أن يكون قد دفع إليه، فقال عبد الملك: لا ضمان عليهما لأن العادة اليوم ترك الإشهاد على مثل هذا وابن القاسم يضمنهما في الجميع.

وعلى القول بأنه يضمن، هل يضمن القيمة أو الثمن؟ فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أنه ضامن الثمن وهو قوله في «الكتاب»، وإليه نحا ابن شبلون وغيره، قال: ومعنى ذكره الثمن في الكتاب يريد القيمة ؛ لأنه ربما عبر عن القيمة بالثمن.

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: يقول ابن شبلون: قال: لأن من استهلك لرجل سلعة بعد قيامها على الثمن فإنه يضمن ذلك الثمن.

وهكذا اختلفوا إذا أسلم الوكيل دنانير في طعام فجحدها المسلم إليه أي شيء يضمن؟

فقال أبو بـكر بن عبد الرحمن وغـيره : يضمن الدنانيـر وقال غيره : يضمن الطعام ، والأصل في ذلك كله واحد. [والحمد لله وحده] [1].

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الرابعة
في الوكيل إذا اشترى من يعتق على الآمر

ولا يخلو الوكيل من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يشتريه بإذن الآمر.

والثاني: أن يشتريه بغير [إذنه][1].

والثالث: أن يختلفا فيدعي المأمور [الإذن][2] ويدعي الآمر عدمه.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا اشتراه بإذن الآمر فلا خلاف أنه يعتق على رب المال كما لو اشتراه بنفسه إلا أن يكون عليه دين يحيط بماله.

وأما الوجه الثاني: إذا اشتراه بغير إذن الآمر وتصادقا على ذلك، فلا يخلو المأمور من أن يكون عالما أو غير عالم.

فإن كان عالما فالمذهب على خمسة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أن البيع جائز ويعتق على الوكيل ويغرم ثمنه للآمر وهو قول ابن القاسم في «كتاب الرهون»، في بعض روايات «المدونة»، وهو قوله في «كتاب القراض في العامل» وهو قول ابن إسحاق البرقي في الوكيل.

والثاني: أنه لا يعتق عليه ويسترقه ويباع عليه في الثمن إن لم يكن له مال وهو ظاهر قوله في «كتاب الوكالات»، وهو قول مالك في رواية ابن أبي أويس عنه، وهو قول يحيى بن عمر وعبيد بن معاوية.

---

(١) في أ: أمره.

(٢) في أ: الأمر.

والثالث: التفصيل بين أن يكون فيه ربح أم لا.

فإن كان فـيه ربح فيـعتق منـه مقدار ذلك الـربح ويبقـى الباقي رقـيقا للمأمور ويغرم الثمن للآمر.

فإن لم يكن له مال بيع منه بمقدار رأس المال ويعتق ما بقى، وهو ظاهر قوله في العامل في كتاب القراض إذا اشترى من يعتق على رب المال.

والرابـع: أن البيع ينتقض، وهو ظاهر قـول ابن القاسم في سماعه في «العتبـية»، ويؤخذ أيضًا مـن كتاب العتق الـثاني من «المدونة»، مـن مسألة الأب إذا اشترى بمال ولده الصغير من يعـتق عليه حيث قال: لا يجوز ذلك للأب إذ لا يجـوز له أن يتلف مـال ولده ظاهره أنـه يفسخ إن نزل وعـليه حمله بعضهم.

والخامس: بالتفصيل بين أن يبين للبالغ أنه يشتري لفلان أو لم يبين.

فإن بين له ولم يجر الأمر فسخ الـبيع؛ وإن لم يبين جرى على الخلاف الذي قدمناه.

فإن لم يعلم المـأمور بذلك فلا يخلو من أن يجهل الحـكم أو يجهل أنه أبوه جملة.

فإن علم أنه أبوه وجهل وجه الحكم فيه فهو كعلمه على سواء.

فإن جهل أنه أبوه جملة، فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يعتق على الآمر وهو نص قول مالك في «كتاب الوكالات» من «المدونة».

والـثانـي:أنه يعتق على الآمر جملـة وهو قوله في «كتاب الرهون» في المأذون.

والثالث: أنه لا يعتق على واحد منهما على ما في سماع ابن القاسم ويحتمل هذا القول أن يفسخ البيع بينهما، ويحتمل أن يسترقه المأمور.

وأما الوجه الثالث: إذا اختلفا ويدعي المأمور الإذن وينكر الآمر فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن القول قول المأمور ويحلف ويعتق على الآمر.

والثاني: أن القول قول الآمر وهو ظاهر «المدونة». [والحمد لله وحده][1].

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الخامسة
في اختلاف الآمر والمأمور

ولا يخلو اختلافهما من وجهين:

إما أن يختلفا في الثمن أو في المثمون.

فإن اختلفا في الثمن فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يختلفا في قدره.

والثاني: أن يختلفا في جنسه.

والثالث: أن يختلفا في نقده وتأجيله.

فأما الوجه الأول من الوجه [الأول][١]: إذا اختلفا في قدر الثمن مثل أن يقول المأمور: أمرتني أن أبيع بعشرة وبذلك بعت، [ويقول الآمر][٢]: بل أمرتك باثني عشر؛ فلا يخلو من أن تكون السلعة قائمة أو فائتة.

فإن كانت قائمة فالآمر مصدق مع يمينه ويخير إن شاء [ق/ ٦٠ / ٢أ] رد البيع ويأخذ سلعته، وإن شاء أجاز البيع ويأخذ العشرة من المشتري، وهل يغرم المأمور دينارين أم لا؟ فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه لا يغرم المأمور شيئا وهو ظاهر «المدونة»؛ لأن المأمور لم يلتزم شيئا ولا أوجبه على نفسه وهو الأظهر في النظر.

والثاني: أنه يغرم دينارين، وهو قول ابن القاسم على ما نقله اللخمي.

---

(١) في أ: الثاني.

(٢) في أ: ويقال.

فلو صدقه المأمور واعترف عليه نفسه بالتعدي، هل يقبل قوله بغير يمين أو لابد من اليمين؟ قولان:

أحدهما: أنه لابد من يمين الآمر لحق المشتري لأن المأمور يتهم أن يكون قصد بتصديقه الآمر إسقاط حق المشتري.

والثاني: أنه لا يمين عليه.

فإن أراد المشتري أن يأخذها بما قال الآمر، هل يجبر الآمر على ذلك أم لا؟ على قولين قائمين من «المدونة» :

أحدهما: أن للمشتري أن يأخذها باثني عشر إذا رضي بذلك ولا حجة للآمر إذا أخذ الثمن الذي ادعى أنه به أمر.

الثاني: أنه لا يأخذها المشتري إلا برضا الآمر ويعد ذلك بيعة ثانية ؛ لأن الوكيل قد انقسمت وكالته بمخالفته ما أمره به الآمر رجع إلى رأس أمره قبل أن يوكل.

فإن شاء باع وإن شاء ترك والقولان متأولان على «المدونة».

فإن كانت السلعة فائتة فلا يخلو الآمر معه أن تكون له بينة أم لا.

فإن كانت له بينة فالقول قوله ويغرم للمأمور ما بقي من الثمن، وإن لم تكن له بينة كان القول قول المأمور ويحلف ثم لا يكون للآمر إلا العشرة، وذها كله قول ابن القاسم في «كتاب السلم الثاني» من «المدونة» .

واختلف في المأمور إذا لم يعلم المبتاع بأنها لغيره حين البيع واحتاج إلى اثبات ذلك بعد البيع والخصام فيه هل هو فوت أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أنه فوت.

والثاني: أنه ليس بفوت، والقولان مخرجان غير منصوص عليهما.

وأما الوجه الثاني إذا اختلفا في جنس الثمن مثل أن يبيعها بجنس من المثمون ويقول بذلك أمرني ربها، ويقول الآمر: بل إنما أمرتك بغير ذلك، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يبيع بالعروض ويقول الآمر، إنما أمرتك بالعين.

والثاني: أن يبيع بالعين ويدعي الآمر أنه أمره بالعروض.

والثالث: أن يبيع بجنس من العروض ويدعي الآمر أنه أمره بغير ذلك الجنس من العروض.

فإن باع بالعروض ويقول: بذلك أمرني ربها، ويقول الآمر: إنما أمرتك بالعين، فلا تخلو السلعة من أن تكون قائمة أو فائتة.

فإن كانت قائمة لم يضمن المأمور ويخير الآمر في إجازة البيع وأخذ ما بيعت به أو نقض البيع ويأخذ سلعته وهو قول الغير في الكتاب، وهو تفسير قول ابن القاسم فيه لأنه أطلق في المدونة حيث قال: إن باع بما لا تباع به ضمن.

فإن فاتت السلعة فلا تخلو السلعة من أن تكون مما تباع به العروض أم لا.

فإن كانت مما تباع مثلها بالعروض فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن القول قول الآمر ويحلف ثم يكون له الخيار بين أن يأخذ العرض الذي باع به أو القيمة.

فإن اختار أخذ القيمة فانظر إلى الفوات.

فإن كان بسبب سماوي كان كلامه مع الوكيل في الأكثر من الثمن أو القيمة.

فإن كان الفوات بسببه مثل أن يكون ثوبًا فلبسه أو جارية فأحبلها كان له الأكثر من الثمن أو القيمة.

فإن كانت القيمة يوم البيع أكثر أخذها من الوكيل.

فإن كانت يوم الفوات أكثر أخذها من المشتري، وهو قول مطرف في أن القول قول الآمر على الجملة.

وأما التفصيل في القيمة فللشيخ أبي الحسن اللخمي ـ رحمه الله.

والثاني: أن القول قول المأمور وهو مشهور المذهب، وهو قوله في «المدونة» ونص قول الغير فيها.

فإن كانت تلك السلعة مثلها لا تباع بالعروض فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن القول قول الآمر في القيام والفوات، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» إذا باع إلى أجل أو باع بخمسة وهي من أثمان المائة وهو قوله في «واضحة» ابن حبيب في هذه المسألة نصًا، وبه قال مطرف وابن الماجشون في «الواضحة».

والثاني: أن القول قول الوكيل في الفوات وهو مذهب ابن القاسم في «العتبية» و«الموازية»، وهو نص قول غيره في «المدونة» وقال: فإذا باع بغير العين فإنما هو مبتاع غير بائع وقد عقد هذا الغير في «الكتاب» عقد أو قال: كلها لم تفت وادعى فيه المأمور ما يمكن وادعى الآمر غيره فالمأمور مصدق مع يمينه، وظاهر هذا العقد أن القول قول الآمر في هذا الفصل كما نص عليه ابن القاسم في «الواضحة»، فإن باع بالعين وقال: بذلك أمرني ربها، وقال الآمر: إنما أمرته أن يبيع بالعروض فالمذهب على قولين:

أحـدهمـا: أن القول قول الوكـيل في القيام والفوات لأنـه قد ادعى ما يشبه إلا أن يتـبين أن لدعوى الآمر وجه، مثل أن يدعي: إنمـا أمره أن يبيع بعرض ليوفي به دينًا عليه من ذلك الجنس من العروض إما سلفًا وإما سلمًا فيـكون القـول قول الآمر حـينئذ وهـو قول ابن الـقاسم وعـبد الملـك في «الموازية»، وقـال ابن حبيب: وإلـيه رجع مالـك وهو ظاهر «الكـتاب» من مسألة القمح.

والـثانـي: أن القول قول الآمر مع القيـام وله الخيار مع الفوات بين أن يجيز البيع فيـأخذ الثمن أو يضمنه القيمة وهو قـول مطرف في «الواضحة» وأشهـب في «الحاوي» فـإذا تصادقـا على أن الإذن في الـبيع بـالعين فـباع بالدنانير ما يباع بالدراهم أو باع بالدراهم ما مثله يباع بالدنانير، هل يضمن ويكون متعديا؟ فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة» :

أحدهـما: أنه لا ضمان عليه وأن فعله جـائز وهو ظاهر قول الغير في «المدونة» حيث قال : وإنما البيع بالأثمان لا بالعروض ؛ لأن العين ثمن وما سواه مثمون، وهو نص قول أشهب، وبه قال أصبغ إذا كانت الدراهم التي أمر بها مثل صرف الدنانير التي باع بها، والذي قاله أصبغ تفسير.

والـثانـي: أنه لا يجوز له أن يـبـيع بأحد العينين ما يبـاع بغيره إلا بإذن الآمر وأنه مهمـا باع بغير ما أمر به من أحـد العينين فهو متـعدٍ ضامن وهو قوله في «كتاب السلم الثاني» في الذي دفع دنانير لرجل على أن يسلمها له في طعام فلم يسلمها حتى صرفها دراهم حيث قال: فإن كان هو الشأن في تلك السلـعة، وكان نظرًا لأن الدراهم فيـما تسلف فيه أفضـل فذلك جائز وإلا كان متـعديًا وضمن الـدنانير ولزمه الـطعام فقد مـنعه هنا أن يـشتري بالدراهم ما يشتري بالدنانير فالبيع مثل الشراء.

فإن بـاع عرضا بـعرض وقال: بذلـك أمرني ربـها، وقال الآمـر: إنما أمرتك بعرض آخر خلاف ما بعت أنت به، فـلا يخلو من أن تكون السلعة فائتة أو قائمة.

فإن كانت قائمة فالقول قول الآمر مع يمينه ويأخذ سلعته.

فإن فاتت فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن القول قول الآمر في القيام والفوات.

ففي القـيام يأخذها، وفي الـفوات يخير بين قيـمتها وثمنـها وهو قول مطرف في واضحة ابن حبيب.

والـثانـي: أن القول قول المأمور وهو قولـه في «المدونة» في الذي دفع دراهم لرجـل فاشترى بـها تمرًا ، وقال: بذلـك أمرتني، وقـال الآمر: إنما أمرتك بالحنطة، حيث قال القول قول الآمـر لفوات الثمن ولأنهما أيضا قد اتفقا أن الثـمن عرضًا وكل واحد منهـما أتى بما يشبه، والوكـيل قد أتى بما يشبه فيكون القول قوله بعد الفوات.

فأما الوجه الثالث: إذا اختلفا في نقد الثمن وتأجيله مثل أن يبيع بالثمن إلى أجل، وقال: بـذلك أمرتني، وقال: إنما أمـرتك بالنقد أو باع بـالنقد، وقال الآمر: إنما أمرتك أن تبيع إلى أجل، واختلفا في قدره.

فإن باع إلى أجل وأنكر عليه الآمر فلا يخلو من أن تكون السلعة قائمة أو فائتة.

فإن كانت قائمة خير الآمر بين البيع والإمضاء بالثمن إلى ذلك الأجل.

فإن فاتت السلعة فالمذهب على قولين:

أحدهـما:أن القول قول الآمر في الفوات والقـيام وهو قول ابن القاسم

ومطرف وابن الماجشون في «كتاب ابن حبيب».

والثاني: أن القول قول المأمور وهو قول ابن القاسم في «الموازية».

فإن باع بالنقد وقال الآمر: إنما أمرتك أن تبيع إلى أجل، فلا يخلو المأمور من أن يصدقه أو يكذبه.

فإن صدقه المأمور فلا يخلو من أن يبيع مثل ما سمى له من الثمن أو بمثل قيمتها إن فوض إليه في الثمن أو بأقل.

فإن باع بمثل ما سمى له من الثمن أو بمثل القيمة إن فوض إليه وقد تقدم الكلام عليه في «كتاب السلم الثاني» في مسألة تعدي الوكيل فأغني عن إعادته في هذا الموضع.

بإن باعها بأقل مما سمى به فهو ضامن ويفسخ البيع مع القيام ويغرم المأمور الأكثر مما باعها به أو القيمة فإن كذبه المأمور، وقال: أمرتني أن أبيع بالنقد كان القول قول الآمر مع القيام، والقول قول المأمور مع الفوات، فإن اتفق الآمر والمأمور أن البيع إلى أجل واختلفا في قدره فذلك كاختلاف المتبايعين سواء وقد فرغنا [ق/ ٦١ / ٢أ] منه في بابه.

وأما الوجه الثاني من أصل التقسيم: وهو اختلافهما في المثمون، مثل أن يقول: أمرتني أن أشتري تمرًا، وقال الآمر: بل أمرتك أن تشتري قمحًا، فالقول قول الآمر مع القيام، أعني قيام رأس المال، وبعد فواته قولان:

أحدهما: أن القول قول المأمور، وهو نص «المدونة».

والثاني: أن القول قول الآمر وهو قوله في «كتاب محمد». [والحمد لله وحده][1].

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة السادسة

في الذي اشترى طعاما ثم وجد به عيبا فرد نصف الحمل، واختلف مع البائع في مقداره فالبائع يقول : إنما بعت حملاً بمائة درهم

فقال في «الكتاب» : القول قول المشتري إن أشبه أن يكون نصف حمل بمائة ؛ لأن البائع قد أقر بالثمن وادعى عليه زيادة في المثمون.

واختلف إذا لم يأت المشتري بما يشبه وأتى البائع بما يشبه هل يلزم المشتري رد تمام الحمل؟ على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدهما: أنه لا يرد شيئا وإنما يرد عليه البائع نصف المائة حسبت وأنه لا يلزم المشتري أكثر مما أقر به، ولا فرق بين الجزاف والمكيل، وإلى هذا ذهب أكثر شيوخ المذهب وحملوا ألفاظ «الكتاب» على ظاهرها.

والثاني: أنه يرد الحمل كاملاً، وتأولوا قوله في «الكتاب»: ولا غرم على المشتري في نصف الحمل الثاني على قوله: إذا أتى بما يشبه في أول المسألة، وهو قول عبد الملك في المكيل والموزون، وهو تأويل بعضهم على الكتاب أيضا ولا فرق عندهم بين المكيل والجزاف.

والقول الثالث: التفصيل بين المكيل والجزاف، فيرد وتمام الحمل في المكيل، وفي الجزاف يرد المعيب خاصة ؛ لأن الجزاف إذا فات صار كالعروض وهو قول ابن الموَّاز.

وعلى القول بأنه يرد تمام الحمل فإنه يرده من جنس المعيب الذي رد إلا أن هذا النصف يكون سالما.

ويستفاد من القول الذي قال فيه أنه لا يرد إلا المعيب خاصة أن النصف في حيز القليـل على ما سنذكره في «كتاب التدلـيس بالعيوب» إن شاء الله تعالى. [والحمد لله وحده][1].

(١) زيادة ليست بالأصل.

كتاب العرايا



كتاب العرايا

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها خمس مسائل:

المسألة الأولى

في اشتقاق العرية وتسميتها بذلك

وقد اختلف في تسميتها بذلك على سبعة أقوال:

أحدهـا: أنها مأخوذة من قولهم عريته أعريـه إذا طلب إليه فعيلة بمعنى مفعولة أي عطية ، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَالْمُعْتَرَّ﴾ (١).

وتكون على هذا أيضا بمعنى إبانته عـنها لأن الذي اعتراها يختلف إليها ويحل بأهله فيها.

والثاني: أنها سميت بذلك ؛ لأنها عرت عن السوم عند البيع فعلى هذا كله تكـون العرية اسم للـثمرة ، أو تكون بمعـنى أن هذه النخلـة عرية من الثمرة بهذه الهيئة فتكون هنا اسم للنخلة .

والـثـالـث: أنها النـخلة تكون للرجل فـي نخل الرجل فيدخـل إليها صاحبها فيؤذي صاحب النخل الكثير بدخوله فرخص له في شراء ثمرها منه ليدفع أذاه عنه، وهـذا يأتي على مذهب مالك وابن الـقاسم، فلا يجوز أن يشتريها منه إلا عـلى طريق المعروف معه ويكفيه سقيـها لدفع الضرر مجردًا على ما سنبينه بعد هذا إن شاء الله تعالى .

ومعنى تسميتها على هذا الوجه عرية لانفرادها من حمله، يقال: عريت هذه النخلة إذا أفردتها بالبيع والهبة.

---

(١) سورة الحج الآية (٣٦).

والرابع: أنها شراء من لا يحل له ثمر النخلة من صاحب النخل ليأكلها هو وعياله رطبًا يخرجها تمرًا مما بيده من التمر نقدًا ، وهذا مذهب الشافعي ومن وافقه ورأى أن الرخصة في العرايا إنما هي الرفق ويشتريها وحاجته إلى ذلك، وهذا يأتي عـلى التفسير المتقـدم أنها لانفرادها أعني النـخلة أو اسما للعقد.

والخامـس: أن العرية هي الثمرة إذا أرطبـت، سميت بذلك لأن الناس يعرونها أي يأتونها لالتقاط ثمرها.

والسادس: أنها إنما سميت بذلك لانعزال مالكها عنها من بين سائر ماله لأنها عرية من جملة النخل، ويكون عـلى هذا فعليه بمعنى فاعله، قال الله تعالى: ﴿فَنَبَذْنَاهُ بِالْعَرَاءِ﴾[1]، أي: في الموضع الواسع الخالي من الأرض.

والسـابع: أنها سميت بذلك لأنها عريـة من جملة تحريم المزابنة وحلت من ذلك ، ولا فرق بين اسمها عرية أو هـبة أو عطية أو منحة أن ذلك من ألفاظ المـعروف إلا في حكم الرخـصة في جواز شرائـها منه بخرصـها إلى الجذاذ، فقد اختلف أئمتنا في ذلك؛ فابن القاسم لا يجري الرخصة إلا فيما منح باسـم العرية وعرفها المـستعمل فيـها، قال: وأما لغير ذلـك من ألفاظ والتمليك فلا يحكم لها بحكم العرية ولا يقضي فيها بخرصها.

وأما ابن حـبيب فلم يراع اخـتصاص لفظ العـرية من غيرها مـن تلك الألفاظ ويـجري الرخصـة عنده في كـل الألفاظ، وهي أعـني بيع الـعرية بخرصها مستثناه من أربعة أصول ممنوعة محرمة :

أولها: المزابنة وهي شراء الرطب بالتمر.

---

(١) سورة الصافات الآية (١٤٥).

والثاني: بيع الطعام بالطعام إلى أجل.

والثالث: بيع الطعام من جنسه متفاضلا.

والرابع: الرجوع في الهبة.

فإذا ثبت ذلك فشراؤهـا بخرصها يجوز بعشرة شروط ستة متفق عليها في المذهب، وأربعة مختلف فيها.

فأما السنة المتفق عليها :

[**أحدها**] (١): أن يكون مشتريها هو معريها.

والثاني: أن تكون قد طابت .

والثالث: ألا يكون تمرًا .

والرابع: ألا يكون إلا بخرصها.

والخامس: ألا تباع إلا بنوعها.

والسادس: ألا تكون إلا إلى الجذاذ.

وأما الأربعة المختلف فيها: ألا تكون إلا باسم العرية وأن تكون خمسة أوسق فأدنى لا أكثر منها، وأن يكون للمشتري جملة ما أعرى المعري، وأن يكون مما ييبس ويدخر . فهذه عشرة شروط.

وقد اختلف فيما ييبس ويدخر على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يشتري بخرصها إلا النخل والعنب خاصة.

والثاني: أنه تجوز في كل ما ييبس ويدخر، والقولان لمالك في «كتاب محمد».

---

(١) سقط من أ.

والثالث: أنه يجوز في المدخر وغيره من الثمار وهو قول محمد، واختلف في خمسة أوسق هل يجوز شراؤها بالخرص أو لا يجوز إلا فيما دون الخمسة على قولين. [والحمد لله وحده][1].

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثانية
في عَرِيَّة الواحد للواحد أو للجماعة

ولا يخلو ذلك من أربعة أوجه:

أحدها: أنه يعري واحدًا لواحد في حائط واحد.

والثاني: أن يعري واحد لواحد في حوائط متعددة.

والثالث: أن يعري واحد لجماعة.

والرابع: أن يعري الجماعة للواحد، وذلك كله في حائط أو حوائط.

فأما عرية الواحد للواحد في حائط واحد فلا خلاف في المذهب في جواز شراء ما دون خمسة أوسق ويخرصها تمرًا عند الجذاذ إلا رواية شاذة رويت عن مالك أنه منع شراء العرية بخرصها تمرًا عند الجذاذ وأجازه بالعين وغيره.

وفي خمسة أوسق قولان، مشهور المذهب جوازه وهو مذهب «المدونة».

والثاني: المنع وهو الأظهر في النظر، وذلك أن الراوي شك في خمسة أوسق هل وردت فيها الإباحة أو لا ؟ والشك لا يقدح في اليقين، ونحن على اليقين في تحريم المزابنة عمومًا حتى يثبت دليل التخصيص.

ووردت الرخصة بجواز شراء العرايا بخرصها تمرًا عند الجذاذ مما دون خمسة أوسق، وشك الراوي في الخمسة ، فالإباحة فيما دون الخمسة لا في الخمسة إذ لابد أن يبقى للرخصة محل، ويبقى على أصل المنع محل فيما دون الخمسة محل للرخصة وهي أربعة فدون؛ وفوق الخمسة محل للمنع بالأصل، والتوسط بينهما هو المشكوك فيه.

فوجه قول من يقول: أن الرخصة جملة أو يبقى لها أقل القليل الذي بنوه منصب الشارع عن التعرض لذكره فضلا عن أن ينصبه محلا للإباحة بعد الخطر إذ الشك صالح أن يجري في الجميع، فقطعنا نحن مادة الشك واستعملنا الرخصة في الخمسة فدون لاسيما ، والرخصة وردت من طريق لا شك فيه.

وعلى القول في الخمسة فدون أو فيما دون الخمسة على الخصوص هل ذلك لمعنى أو لا لمعنى؟ فالمذهب على أربعة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أن الرخصة معللة بدفع الضرر وإكفاء المؤونة على الضم والجمع وهو نص قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أن ذلك لدفع الضرر خاصة دون إفكاء المؤنة وهو قول غيره في «الكتاب».

والثالث: أنه لإكفاء المؤونة خاصة وهو ظاهر قول ابن القاسم في «الكتاب» فيمن له نخلة في حائط رجل حيث جوز لرب الحائط شراء تلك النخلة بخرصها عند الجذاذ فليس في ذلك دفع الضرر ولا إكفاء المؤونة وهو قوله في «الكتاب» فيما إذا أعرى الرجل من حائطه أكثر من خمسة أوسق فقد قال: أنه أجوز للمعري أن يشتري من عريته خمسة أوسق، فهذا ليس فيه دفع ضرر ولا إكفاء المؤونة لأن الباقي من العرية في يد المعري أو الضرر فيه قائم للدخول والخروج والمؤونة ؛ دائمة على المعري له في تكلفة القيام بما بقي ولا احتفال بقول [ق/ ٦٢ / ٢أ] من يقول أن المؤونة والكلفة قد انقضت عنه وخفت وذلك باطل، ولاسيما إن كان المشتري في جنبه ما يفي أيسر اليسير وذلك كله إذا أعرى الواحد للواحد في حائط واحد.

وأما الوجه الثاني: إذا أعرى الواحد للواحد في حوائط، هل يجوز له

أن يشتري من كل حائط خمسة أوسق أم لا؟

[على][1] ثلاثة أقوال كلها متأولة على «المدونة»:

أحدها: أنه يجوز له أن يشتري من كل حائط خمسة أوسق ويكون كحائط واحد وهو تأويل القابسي على «المدونة».

والثاني: أنه لا يشتري من الجميع إلا خمسة أوسق كان ذلك بلفظ واحد أو بألفاظ متعددة وهو تأويل ابن أبي زيد ويحيى بن عمر على «المدونة».

والثالث: التفصيل بين أن يكون ذلك بلفظ واحد فيكون كما قال ابن أبي زيد، أو يكون بألفاظ فيكون كما قال القابسي، وهو تأويل ابن الكاتب على «المدونة»، ويشهد لهذا التأويل ما وقع في «كتاب الجوائح» فيمن اشترى حوائط فاجتيحت حيث قال: فإن كانت في صفقة واحدة فإنه يعتبر ثلث الجميع، وإن كانت في صفقات فيعتبر كل واحد.

وأما الوجه الثالث: إذا أعرى الواحد للجماعة في حائط أو حوائط.

فإن كان ذلك في حوائط فالجواز ولا إشكال لأن كل واحد مستقل بعريته فيجوز له أن يشتري خمسة أوسق من كل حائط.

وإن كان ذلك في حائط واحد فيتخرج الخلاف على الخلاف في شراء العرية بالخرص، هل هو معلل أو غير معلل؟

فعلى القول بتعليله فيمنع الشراء في هذا الوجه لعدم العلة وعلى القول بأنه معلل فيجوز الشراء.

وأما الوجه الرابع: إذا أعرى الجماعة للواحد في حائط أو حوائط

---

(١) سقط من أ.

فالجواز إطلاقا.

وأما الوجه الخامس: إذا أعرى الجماعة للجماعة.

فإن تساوى عدد من أعرى [مع][١] عدد من أعرى له أو كان عدد من أعرى أقل فإنه يجوز لمن أعرى أن يشتري منهم جميع ما أعرى له إذا كان خمسة أوسق أو دون.

فإن كان عدد من أعرى أكثر فلا يجوز لواحد منهم أن يشتري جميع سهم من أعرى له وإن كان أقل من خمسة أوسق ، لأنه اشتري ما أعرى وما أعرى غيره، والرخصة إنما وردت في شراء المعري عرية نفسه لا فيما أعرى غيره.

ولا خلاف في مذهب مالك في ذلك، وإنما يجوز ذلك في مذهب الشافعي،[والحمد لله وحده][٢].

---

(١) سقط من أ.

(٢) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثالثة

بما تصح العرية للمعري إذا مات المعرِي أو مات المعرَى

فإن مات المعرِي فلا يخلو من أن يموت بعد طيب الثمرة وبعد قبضها أو مات قبل الطيب.

فإن مات بعد طيب الثمرة وبعد الجذاذ فلا خلاف أعلمه في المذهب أن الثمرة للمعرَى دون ورثة المعرِي.

فإن مات المعرِي قبل طيب الثمرة وقد أبرت فلا يخلو من أن يقبضها المعرَى ويجوزها أو لم يقبضها.

فإن مات قبل القبض والحوز فلا خلاف في المذهب أنها لورثة المعرِي ولا شيء فيها للمعرَى.

فإن مات المعرِي قبل قبض المعرَى وحوزه للأصول قبل أن يطلع في النخل شيء فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن العرية تصح للمعرَى بحوز الأصول ويكون أحق بما يطلع فيها من الثمار بعد موت المعرِي، وهو تأويل بعض المتأخرين، على «المدونة» قياسا على الهبة والصدقة.

قال في «كتاب الهبة» في هبة الثمر والجنين أن ذلك جائز إذا حوزه الأصول والأمة.

والثاني: أنه لا شيء فيه للمعرَى إلا إذا قبض الأصول بعد طلوع الثمار فيها وهو تأويل بعضهم على «الكتاب» أيضا، وهو مذهب ابن حبيب أن

الحوز فيها لا يصح إلا بحوز الرقاب [وطلوع][(١)] الثمر فيها، وإلى هذا الذي قاله ابن حبيب ذهبت طائفة من الأندلسيين.

وسبب الخلاف:

اختلافهم في تأويل ما وقع في «الكتاب» من قوله فيمن أعرى لرجل نخلاً فمات ربها قبل أن يطلع في النخل شيء وقبل أن يحوز المعرَى عريته: إن العرية غير جائزة وللورثة إبطالها.

فقوله: قبل أن يطلع في النخل شيء وقبل أن يحوز المعرَى عريته، هل لابد من اعتبار الشرطين جميعًا، أو لا يعتبر إلا قبض الأصول خاصة.

واختلفوا في الهبة والصدقة هل يجري فيهما هذا الخلاف أم لا؟ على ثلاثة أقوال كلها متأولة على «المدونة»:

أحدها: أن الهبة والعرية والصدقة في الأصول والإماء واحد لا يتم حوزها إلا بحوز الأصول وخروج الثمرة وخروج الولد وهو مذهب ابن حبيب.

والقول الثالث: التفصيل بين العرية والهبة والصدقة ، وأن الخلاف والتوقف في العرية دون الهبة والصدقة .

وأن مذهب «الكتاب» التفريق بينهما، وهو تأويل أبي جعفر بن رزق.

والرابع:التفصيل بين أن يتصدق عليه بما في بطن أمته وبين العرية وبين هبة ما بثمر النخل وصدقته.

ففي العرية والهبة، والهبة والصدقة في الأصول لابد من اعتبار الشرطين: الحوز وطلع الثمر.

---

(١) في أ: وطول.

وفي الجنين يكون حوز الأم حوزًا له، وإلـى هذا ذهب فضل بن سلمة تأويلاً على «المدونة».

وسبب الخلاف:

قبض الأصول هل هو قبض لما يأتي من الثمار أم لا؟

وأما اختلافهم في قبض الأمة فمبنـي على اختلافهم في الجنين في بطن أمه هل يطعى له حكم الوجود أو يعطى له حكم العدم.

فإن مات المـعرى فقد اخـتلف المذهـب بماذا تصح لـلورثة علـى قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أنه لا يجب لهم إذا مات بعد طيبها وهو قول ابن القاسم في «العتبية» وظاهر «المدونة» في «كتاب الحبس».

والثـاني: أنها تجب للورثة بالإبار وهـو قول أشهب في «كتاب الحبس» من «المدونة» أيضا.

ويتخرج في المسـألة قول ثالث: أنها تجب للورثـة بحوز الأصول كانت فيها ثمرة أم لا؛ على القول بأنها تجب للمعرِي بالحوز ؛لأن ذلك حق ثابت له، فوجب أن يورث لـقول النبي ﷺ: «**من مات عـن حق فلورثـته**»[١]. [والحمد لله وحده][٢].

(١) أخرجه البخاري (٢٢٦٨)، ومسلم (١٦١٩).

(٢) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الرابعة

في زكاة العرية على من تجب هل هي على المعرِي أو على المعرَى وزكاة الهبة والصدقة والسقي في ذلك

فلا تخلو العرية والهبة من أن تكون بـعد الطيب أو قبله فإن كانت بعد طيب الثمـرة فالزكاة والسقي إن احتـيج إليه على المعرَى لـه والموهوب قولاً واحدًا .

فإن كان قبل طيب الثمرة فعلى من تكون الزكاة والسقي؟

فالمذهب على أربعة أقوال:

أحدهـا: أن السقي والزكاة والعلاج على المعرَى والموهوب له وهو قول كبار أصحاب مالك في «الكتاب».

والـثـانـي: أن الزكاة والسقـي والعلاج على المعرِي، وزكاة الـهبة على الموهوب لـه سواء أعرى جزءًا شـائعًا أو معـينًا وهو قـول ابن القاسـم في «المدونة».

والرابـع: التفصيل بين الزكاة ولاسقي، فالزكاة على المعرَى له والسقي على المعرِي وهو قول ابن الموَّاز.

وينبني الخلاف علـى الخلاف في العرية متى يمكلها المـعرَى؟ هل يملكها الآن أو لا يمكلها إلا بعد طيبها ؟

والحمد لله وحده.

المسألة الخامسة
في بيع الثمار

وموضع ذكر هذه المسألة في «كتاب البيوع الفاسدة» إلا أنا أغفلنا تنزيلها هنالك فاستدركناها آخر هذا الكتاب ؛ لأن لها فيه تعلقًا ، فنقول من حيث التقريب: بيع الثمر قبل بدو الصلاح على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يشتريها بشرط الحد.

والثاني: أن يشتريها بشرط البقاء.

والثالث: أن يبهم الأمر.

فأما الوجه الأول : إذا اشتراها على الجذ فجحدها فلا خلاف في الجواز.

وأما الوجه الثاني: إذا اشتراها على البقاء فلا خلاف في البطلان، ثم لا يخلو من أن يعثر على ذلك قبل الجذاذ أو بعد الجذاذ.

فإن عثر على ذلك فلا يخلو من أن يدرك ذلك قبل أن يفوتها بالبيع أو بعد أن فوتها.

فإن أدرك ذلك قبل أن يفوتها فالبيع يفسخ اتفاقًا.

فإن أدرك ذلك بعد أن فوتها بالبيع بعد طيبها فذلك فوت قولاً واحدًا.

واختلف ما الذي يجب على المشتري الأول على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن عليه قيمتها يوم بدو صلاحها.

والثاني: أن عليه قيمتها يوم باعها وهو قول ابن الموَّاز.

والثالث: أنه يرد عدد المكيلة التي قبض منها المشتري الثاني، وهو قول مالك في «الموَّازية».

فإن عثر على ذلك بعد الجذاذ فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن يجدها بسرًا؛ وإما أن يجدها رطبًا؛ وإما أن يجدها تمرًا.

فإن جذها بسرًا أو تمرًا فعليه قيمتها يوم جذها.

فإن جذها رطبًا فلا تخلو من أن تكون قائمة العين أو فائتة.

فإن كانت قائمة العين فلا تخلو من تكون العادة فيها أن تجذ رطبًا أو تترك إلى أن تيبس .

فإن جرت العادة بجذاذها رطبًا كان في غرم قيمتها قولان:

أحدهما: أن البائع يأخذها، وهذا القول مخرج غير منصوص عليه.

والثاني: أن يغرم قيمتها يوم جذها.

فإن كانت العادة أن تترك إلى أن تيبس فعليه القيمة قولاً واحدًا، وكذلك إذا فاتت الثمرة بعد الجذاذ فإنه يغرم قيمتها يوم الجذ قولاً واحدًا.

فإن جذها فإنه يرد المكيلة إن عرفت أو القيمة إن جهلت.

فأما الوجه الثاني: إذا أبهم الأمر فهل يحمل على الجذ فيجوز [أو][1] يحمل على البقاء فلا يجوز؟ فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما : أن البيع إذا أطلق فيها ولم يشرط الجذ [ق/ ٦٣ / ٢أ] أو البقاء أنه يحمل على الجذ فيجوز حتى يشرط البقاء إلى الطياب وهو ظاهر «المدونة» في «كتاب البيوع الفاسدة» في الذي اشترى ثمرًا فجذها قبل بدو

---

(١) في أ: أن.

صلاحها حيث قال: البيع جائز إذا لم يكن في البيع شرط أنه يتركها حتى يبدو صلاحها.

وظاهر هذا الكلام الجواز متى أطلق حتى يشترط، وإليه مال الأبهري وغيره.

والثاني: أنه على البقاء حتى يشترط الجذ وهو ظاهر قوله في «كتاب العرايا» من «المدونة» حيث قال: لا يجوز شراؤها قبل زهوها بعين ولا بعرض إلا على أن يجذها مكانه، وإليه ذهب القاضيان أبو محمد وأبو الحسن وغيرهما من المتأخرين.

وتأول الشيخ أبو محمد بن أبي زيد ما وقع في «كتاب البيوع الفاسدة» على أنه اشترط الجذ، وعليه اختصر هو وغيره، واستدلوا بقوله في «الكتاب»: فجذها.

فوجه القول على الجذ حتى يقطع الشرط أن نفس العقد يقتضي التسليم عقيبه.

فإذا كان ذلك فالعقد يقتضي الجذ وإن لم يشترطا له إلا أن تكون عادتهم التبقية فيفسخ البيع بينهم لأن العرف كالشرط، وعلى ذلك حمل فضل بن سلمة البيع الفاسد [في][1] مسألة البيع الفاسد أن العرف الجذ، فلذلك جاز إذا أطلق العقد.

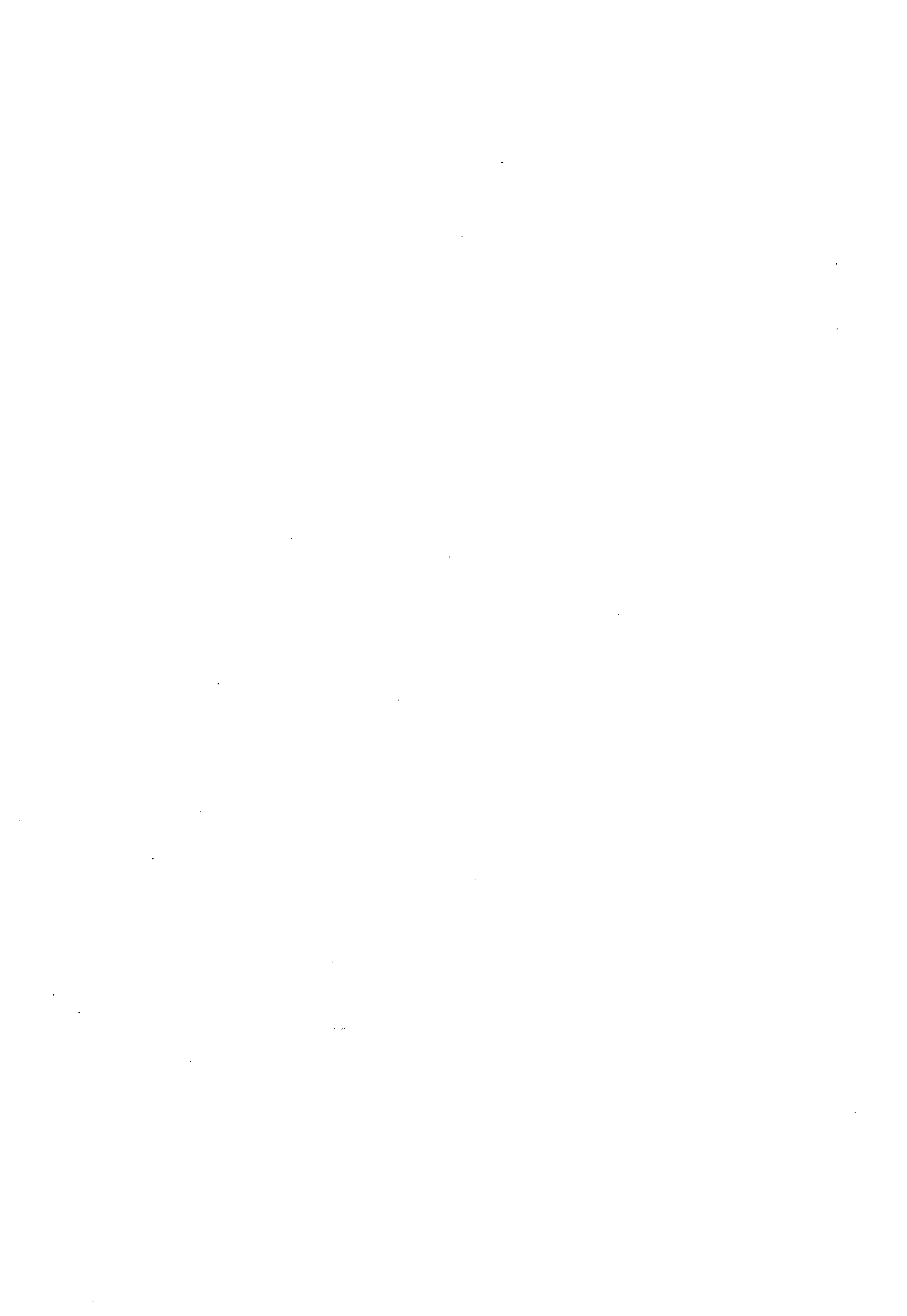
ووجه القول الثاني:أن الإطلاق يحتمل الأمرين عدم العرف احتمالاً متساوياً فيغلب حكم التبقية على الجذاذ ؛ لأن ذلك من باب تغليب الخطر على الإباحة. والحمد لله وحده.

---

(١) سقط من أ.



كتاب التجارة إلى أرض الحرب



كتاب التجارة إلى أرض الحرب

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها ثمان مسائل:

المسألة الأولى

في البيع والشراء مع المشركين

ولا يخلو المشركون من وجهين:

أحدهما: أن يكونوا أهل حرب.

والثاني: أن يكونوا أهل ذمة.

فإن كانوا أهل حرب فلا تخلو المعاملة معهم من أن تكون في بلادهم أو في بلاد الإسلام.

فإن كانت المعاملة معهم في أرض الحرب فإن ذلك لا يجوز باتفاق المذهب، والدليل على ذلك أن الله تعالى أوجب الهجرة على من أسلم ببلد الفكر إلى بلاد الإسلام حيث تجري عليه أحكامهم فقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُم مِّن وَلَايَتِهِم مِّن شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا﴾[1]، وقال تعالى: ﴿الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي أَنفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنتُمْ﴾ الآية [2].

نزلت هذه الآية فيما قال ابن عباس وغيره من علماء التأويل: في قوم من أهل مكة كانوا قد أسلموا وآمنوا بالله ورسوله فتخلفوا عن الهجرة فعرضوا على الفتنة فافتتنوا وشهدوا مع المشركين حرب المسلمين، فأبى الله

---

(١) سورة الأنفال الآية (٧٢).

(٢) سورة النساء الآية (٩٧).

قبول معذرتهم التي اعتذروا بها حيث يقول إخبارًا عنهم: ﴿قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الأَرْضِ﴾ إلى قوله: ﴿فَتُهَاجِرُوا فِيهَا﴾ أي: فتتركوا الذين يستضعفونكم ﴿فَأُوْلَئِكَ مَأْوَاهُمْ جَهَنَّمُ﴾ الآية.

ثم إن الله تعالى عذر أهل الصدق فقال: ﴿إِلاَّ الْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ﴾، إلى قوله: ﴿لا يَهْتَدُونَ سَبِيلاً﴾ [1] أي: لا يهتدون سبيلا يتوجهون إليه لو خرجوا لهلكوا ﴿فَأُوْلَئِكَ عَسَى اللَّهُ أَن يَعْفُوَ عَنْهُمْ﴾[2] في إقامتهم بين أظهر المشركين، فكانت الهجرة إلى النبي ﷺ قبل فتح مكة على من أسلم بها واجبة فريدة إذ فرض الله عليهم فيها البقاء مع رسوله حيث استقر والتحول معه حيث تحول لنصرته ومؤازرته وصحبته ويحفظوا عنه ما يشرع لأمته ويبلغوا ذلك عنه للأمة، ولم يرخص لأحد منهم في الرجوع إلى وطنه وترك رسول الله ﷺ.

ولذلك قال رسول الله ﷺ في حجة الوداع: «**لا يقيمن مهاجر بمكة بعقد قضاء نسكه فوق ثلاث**»[3] خص الله تعالى من آمن بالنبي ﷺ وهاجر إليه ليتم له بالهجرة إليه والمقام معه وترك العودة إلى الوطن الغاية من الفضل الذي سبق لهم في سابق علمه، وهم الذين سماهم الله تعالى بالمهاجرين ومدحهم بذلك فلا ينطلق هذا الاسم على أحد سواهم، فلما فتح الله مكة قال ﷺ: «**مضت الهجرة لأهلها**»[4] أي فازوا بها وحصلوا عليها وانفردوا بفضلها دون من بعدهم.

وقال أيضا: «**لا هجرة بعد الفتح ولكن جهاد ونية فإذا استنفرتم**

---

(١) سورة النساء الآية (٩٨).

(٢) سورة النساء الآية (٩٩).

(٣) أخرجه البخاري (٣٧١٨)، ومسلم (١٣٥٢).

(٤) أخرجه البخاري (٢٨٠٢)، ومسلم (١٨٦٣).

فانفروا»[١]، أي لا يبتدئ أحد من أهل مكة ولا غيرهم هجرة بعد الفتح فينال بذلك درجة من هاجر قبل الفتح ويستحق أن يسمى باسمهم ويلحق بجملتهم لأن فرض الهجرة ساقط بل إن الهجرة باقية لازمة إلى يوم القيامة بإجماع المسلمين على كل مسلم يقيم عند المشركين إلا أن هذه الهجرة لا يحرم على المهاجر منها الرجوع إلى وطنه إن عاد دار إسلام واستسلام فإذا وجب بالكتاب والسنة وإجماع الأمة على من أسلم ببلد الحرب أن يهاجر ويلحق بدار الإسلام ولا يثوي بين المشركين ويقيم بين أظهرهم لئلا تجري عليه أحكامهم فكيف يباح لأحد الدخول إلى بلادهم حيث تجري عليه أحكامهم في تجارة أو غيرها فلذلك شدد مالك الكراهة، وقد سئل عن ذلك فقال: قد جعل الله لكل نفس أجلا تبلغه ورزقا تنفده وهو يجري عليه أحكامهم فلا أرى ذلك.

وكره مالك أن يسكن أحدد ببلد يسب فيه السلف فكيف ببلد يفكر في بالرحمن ويعبد فيه من دونه الأوثان لا تستقر نفس أحد على هذا وهو مسلم سوى مريض الإيمان.

وقد صرح سحنون ﷺ بأن الدخول إلى أرض العدو للتجارة اختيارا أنه جرحه، وهو تفسير لما وقع في «المدونة» في «كتاب الولاء» وقد بيناه هناك بيانا كافيا.

فواجب على والي المسلمين أن يمنع الدخول إلى أرض الشرك للتجارة ويضع المراصد ويسد المسالك حتى لا يجد أحد السبيل إلى ذلك ولاسيما إن خشي أن يحمل إليهم ما لا يحل بيعه منهم مما هو قوة الإسلام لاستعانتهم به في حروبهم فمن أخذه الإمام ممن حمل إليهم تجارة فواجب أن يؤدبه

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٣١)، ومسلم (١٣٥٣).

ويعاقبه عقوبة مثله على قدر حاله في حزبه وتفحمه وذلك موكول إلى اجتهاد الإمام.

فأما الوجه الثاني من الوجه الأول في معاملة أهل الحرب في البيع والشراء إذا قوموا إلينا بأمان فلا خلاف في جوازها على الجملة.

والدليل على ذلك ما خرجه البخاري من طريق عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ﷺ قال: بينما نحن عند النبي ﷺ إذا برجل مشرك جاء بغنم يسوقها، فقال له رسول الله ﷺ: «**أبيعًا أو عطية أو هبة**»، فقال: بل بيع، فاشترى رسول الله ﷺ شاة[1].

فهذا دليل على جواز مبايعتهم، ثم لا تخلو مبايعتهم من أن تكون بالعين أو بالعرض.

فإن كانت بالعين الممسوحة التي يكتب فيها اسم الله عز وجل فلا خلاف في جواز مبايعتهم بها.

وأما الدنانير والدراهم المنقوشة التي فيها اسم الله عز وجل فذلك مكروه غير محظور.

وأما مبايعتهم بما سوى الدنانير والدراهم من جميع الأشياء فلا يخلو من أربعة أوجه:

أحدها: أن يكون مما يعود بالضرر على المسلمين.

والثاني: أن يكون مما يعود وباله على المسلمين إلا أن [فيه][2] إعانة لهم مما هم عليه من عمارة الكنائس.

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٠٣)، ومسلم (٢٠٥٦).

(٢) في أ: فيهم.

والثالث: أن يكون فيه إذلالا للمسلمين.

والرابع: أن يكون مما لا يعود ضرره على المسلمين ولا فيه إقامة لعمارة كنائسهم.

فإن كان ذلك مما يعود وباله على المسلمين كمبايعتهم بما يستعينون [به][(١)] في حروبهم ويتقوون به على أهل الإسلام كالخيل والسلاح وما منه تستعمل الآلات المستعدة للكفاح كالحديد والنحاس والحرير وكل شيء يرهنون به على المسلمين، فلا يجوز أن يباع منهم قولا واحدًا ؛ لأن النحاس منه يعملون الطبول، والحرير يعملون منه البنود والرايات.

وكذلك لا يجوز أن يباع منهم العبد النصراني لأنه يكون دليلا على المسلمين وعورة عليهم.

وأما ما لا يعود وباله على المسلمين إلا أن فيه إعانة لهم على عمارة كنائسهم كالثياب التي يتزينون بها في كنائسهم هل يجوز أن يباع منهم ذلك أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أن ذلك جائز وهو قول ابن القاسم في «العتبية».

والثاني: أن ذلك لا يجوز، وهذا القول حكاه ابن مزين عن أصبغ، وأما ما فيه إذلال بلمسلمين وإهانة لهم كعبيد مسلمين طلبوا شراءهم من المسلمين فلا خلاف في المذهب أن ذلك لا يجوز ابتداء .

فإذا وقع ونزل هل يفسخ العقد أو يمضي أو يباع عليه؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن البيع ناقد ويباع عليه، وهو قول ابن القاسم في

(١) سقط من أ.

«الكتاب».

والثاني: أن البيع مفسوخ وهو قول أشهب في «كتاب المدبر» في الذمي يشتري مسلماً، ويؤخذ لابن القاسم من «كتاب الشفعة»، من «المدونة» في الذي اشترى الدين على رجل قاصداً إعنات الذي عليه الدين قال: إن البيع لا يجوز ويفسخ إن نزل؛ لأن العلة في الجميع إعنات المسلم وإضراره.

فإذا منع ذلك للمسلم مع تساويهما في الإسلامية فبأن لا يجوز للكافر مع اختلاف الدينية والملة أولى وأحرى.

وأما ما لا ضرر فيه على المسلمين ولا يعود عليهم بالوبال في أغلب الأحوال كالعروض التي ليست بآلة للقتال مثل أن يبتاع منهم ما يقي الحر والبرد من الثياب [ق/ ٦٤ / ٢أ] أو ما هو مصلح للقوت كالملح والزيت وما أشبه ذلك فلا إشكال في جواز ذلك.

وأما إذا طلبوا ذلك منا في مفاداة الأسارى، فلا يخلو ما طلبوه منا من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون ذلك مما يجوز أن يباع منهم.

والثاني: أن يطلبوا ما لا يجوز أن يباع منهم.

والثالث: أن يطلبوا منا ما لا يجوز تملكه لنا.

فإن طلبوا منا ما يجوز لنا بيعه منهم مما هو متفق عليه أو يختلف فيه فإنهم يساعدوا على ما طلبوا قولا واحدا.

فإن طلبوا ما لا يجوز لنا أن نبيعه منهم كالخيل والسلاح والقمح والشعير ولم يطلبوا منا في الفداء إلا ذلك فلا يخلو من أن يكون الأسارى في بلادهم أو قدموا منهم بأمان.

فإن كانوا في بلاد العدو فلا يخلو من أن يكون الأسارى عددهم كثير أو يسير.

فإن كان عددهم كثير فالمذهب على قولين:

أحدهما: الجواز، وهو مذهب سحنون، وهو الأظهر في النظر.

والثاني: أن ذلك لا يجوز لما في ذلك من إعانة المشركين وقوة لمددهم وعددهم أو هو قول ابن حبيب.

فإن كان عددهم يسيرا فلا خلاف في الجواز.

فإن قدموا منهم بأمان للفداء أو أبوا أن يفدوا منهم إلا بما ذكرنا فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه يجبرون على أن يفديهم منهم ولا يتركوا أن يرجعوا بهم إلى بلادهم وهو قول ابن حبيب في «الواضحة».

والثاني: أنهم لا يجبرون على ذلك ولهم الرجوع بهم إلى بلادهم وهو أحد قولي ابن القاسم في «العتبية»، فيمن أسلم من عبيدهم إذا دخلوا إلينا بأمانٍ أنهم لا يجبرون على بيعهم.

فإن طلبوا إلينا ما لا يجوز لنا تملكه مثل الخمر وغيره فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن ذلك جائز وهو قول أشهب في «العتبية» لأن ذلك طاعة لا تنال إلا بمعصية وقد قدمنا فيما سلف من هذا الكتاب أن كل طاعة لا تنال إلا بارتكاب معصية فهي ساقطة ـ كانت فرضًا أو نفلا .

والثاني: أن ذلك جائز لأنها ضرورة وهو قول سحنون وابن القاسم، وروى عنه أن ذلك أخف من الخيل والسلاح يريد على المسلمين من الضرر

في فدائهم بالخيل والسلاح.

وأحسب أني قد رأيت لبعض المتأخرين أن ذلك جائز، ويؤخذ الخمر من أهل الذمة بقيمته.

فإن صح ذلك يكون تفسيراً لما قاله ابن القاسم وسحنون ﷺ إذ لا يصح إلا كذا، ولا يجوز عصر الخمر ولا تملكه بإجماع.

وأما من يجوز أن يبيعه منهم ممن دان بغير دين الإسلام من سائر أجناس الكفار وأنواعهم من كتابي ومجوسي، ففي أهل الكتاب قولان:

أحدهما: أنه لا يباع بعضهم من بعض أصلا - يهودي من نصراني، أو نصراني من يهودي - للعداوة التي بينهم - صغيراً أو كبيراً - وبه قال ابن وهب وسحنون وهو ظاهر «المدونة» عند بعضهم.

والثاني أنه يجوز أن يباع بعضهم من بعض ومن غيرهم جملة بلا تفصيل.

والثالث: التفصيل بين الصغار والكبار، فالكبار يجوز بيعهم إذ لا يجبرون على دين الإسلام إذا ملكوا قولا واحداً . والصغار لا يجوز بيعهم من كافر جملة لأنهم إذا ملكوا جبروا على الإسلام، وهو قول مالك في «المدونة» في «كتاب التجارة إلى أرض الحرب».

وقد اختلف أصحابنا المتأخرون في تأويل ذلك فمنهم من قال: معنى ذلك يرجع إلى ما قال ابن وهب وسحنون.

ومنهم من قال: معنى ذلك في الصغار الذين لا آباء لهم فيكونون على دينهم، وهؤلاء إذا لم يكن معهم أباؤهم على دين من اشتراهم؛ فإذا اشتراهم مسلم فلا ينبغي له أن يبيعهم من كافر كائنًا من كان، وهذا هو الأصح والأظهر.

وأما المجوس فهم كل من دان بغير دين الكتابيين من الصقالبة والبربر والروم والترك والسودان فإنهم يمنعون أعني أهل الكفر من شرائهم ابتداء.

فإن نزل هل يمضي أو يرد فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة» :

أحدها: أن البيع يمضي ولا يرد جملة بلا تفصيل، وهو قول مالك ﷺ في «المدونة» في «كتاب التجارة» في الصقالبة حيث قال: ما أعلمه حراما وغيره أحسن.

الثاني: المنع جملة، وهو قول ابن القاسم وابن نافع في الكتاب المذكور.

والثالث: التفصيل بين الصغار والكبار، فيفسخ البيع في الصغار ويمضي في الكبار وهو أحد قولي مالك في «العتبية»، وهو ظاهر «المدونة» في «كتاب النذور» و«كتاب الظهار» وغيرهما ولا أظنهم يختلفون في أن الصغير من المجوس يجبر على الإسلام، وإنما اختلفوا هل يكون مسلما بنية المالك إذا اشتراه ونيته أن يدخله في الإسلام.

وعلى هذا يتخرج ما وقع في «كتاب الجنائز» وغيره فتنبه لهذا المعنى ولا تغفل عنه.

وينبني الخلاف على الخلاف فيمن ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا؟

وأما الشراء منهم فلا يخلو من أن يكون بيننا وبينهم هدنة أولا.

فإن لم تكن لهم هدنة فلا خلاف أنه يجوز لنا أن نشتري منهم كل ما يجوز لنا تملكه من جميع الحيوانات وسائر العروض من أموالهم.

فإن كان بيننا وبينهم هدنة فهل يجوز لنا أن نشتري منهم أولادهم أو

يجوز لنا أن نأخذهم فيما صالحناهم عليه من رأس أو مال.

أما الكبار فلا خلاف أعلمه في المذهب أنه لا يجوز لنا أن نشتريهم ولا أن نأخذهم منهم ولا الصغار إذا كانت الهدنة مما يبلغ قبل انقضائها لأن ذلك نقض للعهد.

واختلف في الصغار إذا كانت الهدنة تنقضي قبل أن يبلغوا هل يجوز شراؤهم وأخذهم أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أن ذلك جائز وهو نص «المدونة».

والثاني: أن ذلك لا يجوز، وهو ظاهر قوله في «الكتاب» في التعليل بأن للصغار من الهدنة ما للكبار.

وأما الوجه الثاني: إذا كانوا أهل ذمة فلا خلاف في جواز معاملتهم بالدنانير والدراهم غير المنقوشة.

وإن كانوا يستحلون بيع الخمر والخنزير ويعملون بالربا كما قال الله عز وجل: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾[1] لأن الله تعالى قد أباح أخذ الجزية منهم وقد علم ما يفعلون وما يأتون وما يدرون لأنهم لو أسلموا لطاب لهم ما بأيديهم من الربا والخمر والخنزير لقوله: ﴿فَمَن جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىٰ فَلَهُ مَا سَلَفَ﴾[2]، ولقوله عليه السلام: «**من أسلم على شيء فهو له**»[3]، وما كره

(١) سورة النساء الآية (١٦١).

(٢) سورة البقرة الآية (٢٧٥).

(٣) أخرجه أبو يعلى (٥٨٤٧) وسعيد بن منصور في سننه (١٨٩) والبيهقي في الكبرى (١٨٠٣٨)، قال الحافظ: فيه ياسين بن معاذ الزيات، وهو منكر الحديث متروك.

وقال أبو حاتم: لا أصل له.

لكن صححه الشيخ الألباني ـ رحمه الله تعالى ـ بمجموع طرقه.

مالك ﷺ من بيع سلعة من ذمي بدنانير أو دراهم يعلم أنه أخذها في ثمن خمر أو خنزير وأباح له أن يأخذ ذلك منه على دين له وهو على طريق التنزه والتورع وذلك على خلاف القياس. [والحمد لله وحده][1].

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثانية

في معاملة المسلم مع الذمي فيما لا يجوز للمسلم أن يملكه كالخمر

فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يكون المسلم هو البائع للخمر.

والثاني: أن يكون النصراني هو البائع لها.

فأما الوجه الأول: إذا كان المسلم هو البائع للخمر من مسلم أو نصراني فلا يخلو من أن يعثر على ذلك قبل أن يقبض المشتري الخمر أو بعد أن قبض.

فإن عثر عليه قبل أن يقبضها المشتري فإن البيع ينتقض ويكسر الخمر وسقط الثمن عن المشتري إن لم يدفعه.

فإن كان قد دفعه وقبض منه هل يرد عليه أو يتصدق به؟ على قولين:

أحدهما: أن الثمن يرد على المشتري وهو قول ابن حبيب في «الواضحة».

والثاني: أنه مصدق على المشتري أدبا له وهو ظاهر قول ابن القاسم في «المدونة».

فإن لم يعثر على ذلك حتى قبضها المبتاع فلا تخلو من أن تكون قائمة بيده أو استهلكها.

فإن كانت الخمر قائمة بيد المشتري فلا خلاف أنها تكسر على البائع، واختلف في البيع هل يفسخ بينهما أم لا؟ على قولين: فعلى القول بفسخ

البيع فإن الثمن يتخرج على الخلاف الذي قدمناه إذا عثر على ذلك والخمر بيد البائع هل يرد الثمن على المشتري أو يتصدق به عليه؟

فعلى القول بأن البيع لا ينفسخ بينهما فإن الثمن لا يتصدق به على المساكين - قبض أو لم يقبض - إذ لا يحل للبائع ولا يصح تركه للمشتري ولا فرق في ذلك بين أن يكون المشتري نصرانيًا أو مسلمًا .

فإن لم يعثر على ذلك حتى استهلك المشتري الخمر فها هنا يفرق الحكم بين أن يكون المبتاع مسلمًا أو نصرانيًا .

فإن كان مسلمًا يتصدق بالثمن على المساكين قولا واحدًا قبض أو لم يقبض - إذ لا سبيل إلى نقض البيع وإغرام المسلم الخمر الذي استهلك وكسرها على البائع.

وإن كان نصرانيًا ، فعلى قولين :

أحدهما: أنه يغرم مثل الخمر وتكسر على البائع وينقض البيع ويسقط الثمن عنه إن كان لم يدفعه، وإن كان دفعه رد إليه على قول أو يتصدق به على قول حسبما قدمناه في صدر المسألة.

والثاني: أن البيع يمضي ويتصدق بالثمن على المساكين - قبض أو لم يقبض .

أما الوجه الثاني: إذا كان النصراني هو البائع للخمر من مسلم فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها: أن يعثر على ذلك والخمر باقية بيد البائع.

والثاني: أن يعثر على ذلك وهي باقية بيد المشتري بعد قبضها.

والثالث: أن يعثر على ذلك بعد أن قومها المشتري.

فإن عثر على ذلك قبل أن يقبضها المشتري وهي قائمة بيد البائع فإنها تكسر على البائع وينفسخ البيع ويسقط الثمن عن المبتاع المسلم إن كان لم يدفعه إلى البائع.

وإن كان قد دفعه فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه يرد الثمن إلى المبتاع وهو قول ابن حبيب.

والثاني: أنه لا يرد إليه ويتصدق به عليه أدبا وهو ظاهر قول مالك في «المدونة».

فإن عثر على ذلك والخمر قائمة بيد المشتري فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه يكسر على البائع ويرد الثمن إلى المبتاع إن كان [ق/ ٦٥/ ٢أ] قد دفعه ويسقط عنه إن كان لم يدفعه وهي رواية [بن أبي أويس][1] عن مالك.

والثاني: أنها تكسر على المبتاع ويتصدق بالثمن إن لم يقبضه البائع أدبا، وإن قبضه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يترك له وهو قول ابن القاسم في «المدونة» في «كتاب التجارة».

والثاني: أنه يتصدق به أدبا له ـ قبضه أو لم يقبضه ـ وهو قول سحنون.

والثالث: التفصيل بين أن ينقد المشتري الثمن أم لا.

فإن نقد الثمن فإن الخمر تكسر على المشتري، والثمن للبائع.

---

(١) في أ: أويس.

وإن لم يؤخذ منه فإن لم ينقد فإنها تكسر على البائع ويفسخ البيع ويسقط الثمن على المبتاع، وهو قول ابن حبيب في «الواضحة».

فإن لم يعثر على ذلك إلا بعد فوات الخمر بيد المشتري المسلم فإنه يؤخذ منه الثمن ويتصدق به على المساكين إن كان لم يدفعه إلى النصراني أدبا له.

وإن كان النصراني البائع قد قبضه منه فعلى قولين:

أحدهما: أنه يسترد منه ويتصدق به وهو قول سحنون.

والثاني: أن الثمن لا يسترد منه وهو قول ابن القاسم في «المدونة»، وبه قال ابن حبيب في واضحته. [والحمد لله وحده][١].

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثالثة

في التفرقة بين الأم وولدها في البيع

والأصل في بيع التفرقة قوله ﷺ: «**لا توله والدة بولدها**»(١)، من الوله وهو الحيرة. وقال ﷺ: «**من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة**»(٢).

واختلف العلماء في مقتضى النهي فمنهم من حمله على ظاهره وأنه يقتضي الفساد كنهيه ﷺ عن بيع الغرر الذي النهي فيه معلل بأكل المال بالباطل للإخلال ببعض أركان العقد، وآخرون لا يرونه مقتضيا للفساد معولون على الفرق بينهما من حيث افتراق متعلق بالنهي ومحله لأن الفساد في بيع التفرقة لم يكن في ثمن ولا مثمون فلا معنى لإلحاقه بالغرر والذي اختلت بعض أركانه ولم تنتظمه حقيقة البيع.

فإذا ميزنا بيع التفرقة وبيع الغرر وفرقنا بينهما على مشهور المذهب فما حكمه؟ فقد اختلف الأصحاب في ذلك، فقال بعضهم أن البيع لا يفسخ بل يلاقى بأن يباع الولد والأم على مالكهما ولا يفسخ كالنصراني اشترى عبدًا مسلمًا محافظة على قاعدة البيع المبنية على الأحكام والانبرام فلا يصادمها إلا ما هو مناقض لأصلها من فساد في أحد أعواضها فأما ابن القاسم فمتون الأجوبة التي أجاب بها في الكتاب مختلفة.

وقال في الهبة والصدقة والجناية والوصية: إذا كان الولد لأحدهما بأحد

---

(١) أخرجه البيهقي في «الكبرى» (١٥٥٤٥)، وضعفه الحافظ ابن حجر ، والألباني رحمهما الله تعالى.

(٢) أخرجه الترمذي (١٥٦٦)، وأحمد (٢٣٥٤٦)، وحسنه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى.

الوجوه التي ذكرنا والأم لـرجل آخر أنه يكلف لهما الجمع بيـنهما في ملك واحد.

والثاني: أن يجمع بينهما في حوز، والقولان متأولان على «المدونة».

وقال فيما افترق الملك بالمعاوضة الاختيارية إما أن يجمع بينهما في ملك أحدهما وإلا فسخ البيع فقال ها هنا بالفسخ ولم يقل يباعان عليهما.

وقال فيما إذا باع الأم عـلى خيار المشتري ثم اشترى البائـع الولد أنهما يجبران عـلى البيع والجمع وإلا بـيعا عليهما، ولـم يقل بالفسخ إن امـتنعا فذهب أصبغ إلى أن ذلك اختلاف قول وذلك ظاهر.

وذهب بعـض حذاق المتأخـرين إلى أن ذلك اخـتلاف يرجع إلـى حال وخرج لذلك وجها يـقتضي التلفيق، وأشار إلى أن المعـنى المانع من إطلاق القول بالـبيع عليهما جـبرًا لما في ذلك من جمـع السلعتين في البـيع لمالك وذلك غـرر وخطر وقـال: الفسـخ أولى، ولهذا قـال في الهـبة والصـدقة والوصية والجناية بأنهما يباعان عليهما لتعذر الفسخ، والمشتري بالخيار إنما لـم يقل فـيه بالفسخ لأن الـبائع يتهـم أن يكون إنما اشتـرى الولد ليفسـخ عقد المشتري فاستحق عقد السلعتين فـي هذه الوجوه لتعذر الفسخ إذ الفسخ في أغلب الأحوال إنما يستعمل في عقود المـعاوضات فاستعمل الأصل كما ترى وربك أعلم.

وسـبب الخـلاف : اختلافهم في النهي عن بـيع التفرقة هل ذلك لحق الولد أو ذلك لحق الأم أو ذلك لحق الله؟

فمن رأى أن ذلك حق لله وحق للولد قال بفساد البيع وفسخه.

ومن رأى أن ذلك حـق للأم خاصة قال: يـجوز البيع إذا أجـازته وهو

أحد أقاويل المذهب.

ومن اعتبر الحقوق الثلاثة قال: يفسخ البيع إذا غلب حق الله.

فإن لم يرجح أحد الحقوق وقال بأنهما يجبران على الجمع بينهما إما في ملك وإما في حوز. [والحمد لله وحده][١].

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الرابعة

في الذمي إذا أسلم إلى ذمي درهما في درهمين أو في خمر ثم أسلما جميعا أو أحدهما

فإن أسلما جميعا وقد قبض ذلك من له السلف فذلك حلال له قولا واحدا لقوله تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾[1]، فإن أسلما جميعا قبل القبض فليس له إلا رأس ماله قولا واحدًا ، وإن أسلما أحدهما ففي ذلك خمسة أسألة :

أحدها: أن يسلم دينارًا في دينارين.

والثاني:أن يسلم إليه دنانير في دراهم أو دراهم في دنانير.

والثالث: أن يبيع منه خمرًا بدنانير ودراهم.

والرابع: أن يسلم إليه دراهم في خمر أو خنزير.

والخامس: أن يقرضه خمرًا أو خنازير.

فالجواب عن السؤال الأول: وهو أن يسلم دينارًا في دينارين فلا يخلو من أن يسلم الذي له الحق أو أسلم الذي عليه الحق. فإن أسلم الذي له الحق فليس له إلا ديناره الذي دفع لقوله تعالى: ﴿وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ﴾.

فإن أسلم الذي عليه الحق فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

(١) سورة البقرة الاية (٢٧٩).

أحدها: أنه يقضي عليه برد الدينار كما أسلما جميعا لأنه حكم بين مسلم وذمي وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أنه يغرم الدينارين للذمي وهو قول مالك في «الموازية» وابن القاسم في «العتبية».

والثالث: التوقيف وهو قول مالك في «المدونة» والتوجيه ظاهر.

والجواب عن السؤال الثاني: إذا أسلم إليه دنانير في دراهم أو دراهم في دنانير فلا يخلو من أن يسلم الذي له الحق أو الذي عليه الحق.

فإن أسلم الذي له الحق فليس له إلا رأس ماله دنانير أو دراهم تؤخذ الدراهم من النصراني يشتري بها الدنانير أو تؤخذ الدنانير فيشتري بها الدراهم إن كان أسلم فيها.

فإن أسلم المسلم إليه فإنه يتخرج على الخلاف الذي قدمناه في السؤال الأول إذا أسلم ديناراً في دينارين ولا فرق بين السؤالين.

والجواب عن السؤال الثالث: إذا أسلم دنانير في خمر أو في خنزير فإن أسلم المسلم إليه فإنه يرد إليه رأس ماله قولا واحدا في المذهب.

فإن أسلم الذي له السلم فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يرد رأس ماله كما لو أسلم الذي له السلم وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أن الخمر تؤخذ من الذمي فتراق على المسلم وهو قول مالك في «المدونة».

والجواب عن السؤال الرابع: إذا باع منه خمرا بدنانير أو دراهم فلا يخلو من أن يسلما جميعاً أو يسلم البائع أو المبتاع فإن أسلما جميعًا أو

أسلم البائع وحده فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن الثمن ثابت على البائع على كل حال وهو قول أشهب والمخزومي.

والثاني: أن الثمن يسقط عن المبتاع إذا أسلما أو أسلم البائع وهو قول ابن أبي حازم وابن دينار.

فإن أسلم المبتاع فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها: أنه يرد الثمن إلى الذمي على كل حال لأنه دين ترتب في ذمته وهذا هو مشهور [المذهب][1] والمنصوص فيه.

والثاني: أن الثمن يسقط عنه.

والثالث: أن عليه قيمة الخمر وانقطع بها، والقولان مخرجان غير منصوص عليهما.

والجواب عن السؤال الخامس: إذا فرض الذمي خمرًا أو خنازير فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن يسلما جميعا ، أو يسلم المقرض له ، أو يسلم المقرض.

فإن أسلما جميعًا سقط القرض قولا واحدًا .

فإن أسلم المقرض له وحده فالمذهب على قولين :

أحدهما: أن القرض يسقط عنه وهو قول مالك في «الواضحة».

والثاني: أن القيمة تلزم المقرض وهي رواية سحنون عن ابن القاسم.

فإن أسلم المقرض فالمذهب على قولين:

---

(١) سقط من أ.

أحدهـما: أنه لا شيء له على الذمي وهو المشهور أنه لا يجوز للمسلم أخذ الخمر والخنازير ولا اقتناؤهما.

والـثانـي: أن الخمر والخنازيـر يؤخذان من الذمي فتراق الخـمر وتسرح الخنازير وهو اختيار ابن القاسم في «العتبية». [والحمد لله وحده][1].

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الخامسة

في المصراة

وهي حفل الضرع، وهي التي تركت مدة ولم تحلب في وقت صلابها حتى اجتمع اللبن في ضرعها ليغتر بذلك مشتريها ويحسب أنها كذلك في سائر الأوقات، وأصله الجمع، ومنه الصرر وهو: الماء المجتمع، ومنه قوله تعالى: ﴿فَأَقْبَلَتِ امْرَأَتُهُ فِي صَرَّةٍ﴾(١)، فقيل: في نساء مجتمعات، وقيل: في صجة وصحة وكأنه من اجتماع الأصوات أيضا، ويقال: صريت الماء في الحوض واللبن في الضرع، وصريته يخفف ويشدد وليس من الصر الذي هو الربط. واختلف في ضبط قوله ﷺ: «**لا تصر الإبل**» (٢). على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الضبط فيه فتح التاء وضم الصاد والواو قدام الراء وفتح اللام في الإبل وهكذا: لا تَصُرُوا الإبلَ.

والثاني: أن التاء مرفوعة والصاد مفتوحة والراء مرفوعة واللام في الإبل [ق/ ٦٦ / ٢أ] مضمومة على أن الإبل مفعول لم يسم فاعله.

والثالث: أن الضبط فيه أن تكون التاء مرفوعة والصاد مفتوحة والراء مضمومة واللام في الإبل مفتوحة على أنه مفعول سمى فاعله، وهو الصحيح.

وقال القاضي أبو الفضل عياض: حكى لنا الشيخ ابن عتاب عن أبيه أنه

---

(١) سورة الذاريات الآية (٢٩).

(٢) تقدم.

كان يقول للطلبة: إذا أشكل عليكم ضبط هذا الحرف فاقرؤوا قوله تعالى: ﴿فَلا تُزَكُّوا أَنفُسَكُمْ﴾[1] فقال: نِعْمَ ما قال رحمه الله، فإن صرى مثل زكى مفعوله بعده منصوب وهذا والصحيح .

فأما من فتح التاء أوضحها فجعل الإبل مفعولا لم يسم فاعله فذلك لا يصح إلا على القول بأن معنى صر أي ربط وذلك ضعيف في النقل والسماع.

وأما على معنى صرى بمعنى منع فلا يصح ذلك جملة، فإذا ثبت ذلك فقد روى عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا تصر الإبل والغنم، ومن اشتراها [فهو]**[2] **بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها وإن شاء ردها وصاعا من تمر**»[3]، وفي بعض طرق الحديث: «**بعد أن تحلبها ثلاثا**»، وفي بعض طرقه: «**بعد أن يحلبها ثلاثة أيام**» وهو حديث ابن وهب.

فإذا اشترى شاة حلوبة فلا يخلو من أن يشترط ما تحلب كل يوم أو لم يشترطه.

فإن اشترط ما تحلب كل يوم فالمشتري على شرطه، فإن وجده كان وإلا كان له الخيار قولا واحدا ولا كلام في ذلك للمشتري إذا وجدها قليلة الدر.

فإن كانت مصراة فتبين له النقصان في الحلبة الثانية كان له الخيار في الرد والإمساك بلا خلاف.

فإن حلبها ثالثة بعد أن ظهر له النقصان في الثانية هل يعد ذلك منه

---

(١) سورة النجم الآية (٣٢).

(٢) سقط من أ.

(٣) تقدم.

رضا بالمبيع أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أن ذلك منه رضا ولا رد له بعد ذلك بعيب التصرية، وهو قول ابن المواز وهو ظاهر قوله في «المدونة»، حيث قال: إذا حلبها الثانية فقد علم بذلك نقص حلبها فإما رضيها أو ردها.

والثاني: أن الحلبة الثالثة لا تعد منه رضا وهو على رأس أمره في الخيار وهو قول مالك في «كتاب محمد» ورواية عيسى عن ابن القاسم في «العتبية» وهو ظاهر قوله في «المدونة» حيث قال: ولا حجة له في الثانية إذ بها يخير وهذا القول أظهر في النظر وموافق للأثر وذلك أنه إذا حلبها في المرة الأولى يغزر اللبن ويكثر الدر فيظن أن ذلك عادتها.

فإذا حلبها في المرة الثانية انتقص اللبن فيستريب المشتري وربما يتخيل أن النقصان من أجل المراح والمرعى وأن ذلك من إمساكها وتعطلها عن المرعى مدة التسويق؛ فإذا حلبها ثالثة تحقق له الخبر إما لأنها عادت إلى ما حلب منها أول مرة فتبين له النقصان من أجل المراعي والمراح.

وأما إن وافقت الثالثة الثانية فتبين له أن ذلك دلسة من البائع فيكون بالخيار ساعتئذ بين الرد والإمساك فهل يقبل قوله أنه ما رضيها بعد الحلبة الثالثة دون عين أم لا؟ على قولين فإن اختار الرد فهل يرد معها صاعًا من تمر أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أنه يردها ويرد معها صاعًا من تمر وهو مشهور المذهب.

والثاني: أنه يردها ولا يرد معها شيئا وهو قوله في «كتاب ابن عبد الحكم» وبه قال أشهب .

وسبب الخلاف :

تعارض الحديثين وذلك أن قوله ﷺ: «**الخراج بالضمان**»، يقتضي أن

كل من استعمل شيئا بوجه شبهة أن الغلة له بضمانه، وهذا الحديث موافق لأصول الأقيسة إلا أن قوله ﷺ : «**يردها وصاعا من تمر**» [١] معارض لحديث «**الخراج بالضمان**»[١]، وهو أصل مستثنى وباب على حياله.

والحكمة في رد الصاع من التمر مع الشاة إذا ردها دون أن يرد معها اللبن الذي حلب منها وإن كان قائما أن اللبن المحلوب على تلك الحالة منه ما كان في ملك البائع مخزون في الضرع يوم البيع ومنه ما حدث في الضرع ويكون فيه بعد البيع وبعد أن صارت في ضمان المشتري ومقدار ما كان في ملك كل واحد من المتبايعين غير معلوم بالمقدار.

وقد تختلف في ذلك دعاويهما فيدعي كل واحد منهما الأكثر في ذلك فأمر الشرع برد الصاع من التمر قطعاً لمادة النزاع مثل ما حكم ﷺ بالغرة في الجنسين ولهذا قال مالك رحمه الله: وهذا الحديث ليس لأحد فيه رأي وهو مبني على أن أخبار الآحاد مقدمة على الأقيسة وهو مشهور مذهبه وهو مذهب أكثر الفقهاء خلاف ما حكاه البغداديون وذهبوا إليه من تقديم الأقيسة على أخبار الآحاد، وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه.

وعلى القول بأنه يرد معها صاعا من تمر، فإذا قال البائع: أنا أقبلها بهذا اللبن الذي حلب منها هل يجوز أولا يجوز ذلك؟ على قولين :

أحدهما: أن ذلك لا يجوز لأن ذلك بيع الطعام قبل قبضه وهو قوله في «المدونة»، لأن الصاع قد وجب له فباعه بما رد مع الشاة من اللبن قبل

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨)، والترمذي (١٢٨٥)، والنسائي (٤٤٩٠)، وابن ماجه (٢٢٤٣)، وحسنه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى.

أن يقبضه.

والـثانـي: أن ذلك جائز ويـكون إقالة وهو قول سحنـون، وقال بعض المتأخرين: إنما تصح فيها الإقالة إذا حلبها المشتري بحضرة الشراء وحيث لا يتولد فيها لبن، وما قاله ليس بصحيح، وإذا حلبها بحضرة الشراء فمن أين يعلم أنها مصراة.

وسبب الخلاف : ما قدمناه من تقديم القياس على الخبر .

فإذا اشتـرى جمـاعة شيـاه أو بقـرات أو نـوقا كـلها مصـراة فـهـل يرد مع الجميـع صاعًا واحدًا أو يرد مع كـل رأس صاعا ؟ فالمذهب عـلى ثلاثة أقوال:

أحـدهــا : أنه يرد معهـا كلها صاعاً واحدًا وهو قول عيـسى بن دينار وأحمد بن خالد وأكثر أهل العلم.

والثاني: أنه يرد صاعًا مع كل واحدة وهو قول ابن الكاتب.

والثالث: أنه يرد الصاع مع القليل، فإذا أكثر لم يرد شيئا.

وسبب الخلاف:

اختلافهم في الألف واللام هل هما للعهد أو للجنس ؟

فمن رأى أنهما للعهد قال : يـرد صاعًا مع كل واحد، ومن رأى أنهما للاستغراق قال: يرد صاعًا واحدًا للجميع. [والحمد لله وحده] [1].

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة السادسة
في بيع الشاة والاستثناء منها

ولا يخلو ما استثناه منها من خمسة أوجه:

أحدها: أن يستثني صوفها وشعرها ووبرها.

والثاني: أن يستثني الجلد والسواقط.

والثالث: أن يستثني منها جزءا شائعًا كالنصف والثلث.

والرابع: أن يستثني منها جزءا معينًا كالفخذ والكبد.

والخامس: أن يستثني منها أرطالا مسماة .

فالجواب عن الوجه الأول: إذا استثنى منها صوفها ووبرها وشعرها فلا خلاف في الجواز في السفر والحضر، وسواء قلنا أن المستثني مشترًا أو مبتعًا لجواز بيع ذلك على ظهور الحيوانات .

والجواب عن الوجـه الثاني: إذا استثنى الجلد والسواقط فقد اختلف فيه المذهب على أربعة أقوال كلها قائمة من «المدونة» :

أحـــدهـــا: الجواز في الحـضر والسفر وهــو ظاهر رواية ابــن وهب في «الكتاب» بناء علــى أن المستثنى مشترًا وأن الرأس لا يعطــى له حكم اللحم لجواز أن يشتري قبل أن يسلخ من جلده فذلك خالف حكمه حكم اللحم إذ لا خلاف في ذلك .

والثاني: المنع جملة في الحضر والسفر بناء على أن المستثنى مبقًا ، وهو ظاهر قــول مالك في آخر «كــتاب بيع الخيار» فــي الذي باع تمرًا علــى كيل واستثنى منــها البائع أصعًا معلومــة حيث قال بالجواز بناء على أن المــستثنى

مبقا، وهو ظاهر قول مالك في آخر «كتاب بيع الخيار» في الذي باع تمرًا على كيل واستثنى منها البائع إذ لو كان مشترًا لمنع لأن ذلك بيع الطعام قبل قبضه إن كان البيع على الكيل ، وهو في الشاة من باب بيع اللحم المغيب وهو ظاهر لا إشكال فيه .

والثالث: التفصيل بين الحضر والسفر فيجوز في السفر ولا يجوز في الحضر وهو مذهب «المدونة» نصًا .

والفرق بينهما أنه في السفر لا ثمن له إذ هو غير مقصور هناك ولا مطلوب، وأكثر المسافرين يطرحونه فيخف الغرر إذ ذاك، وفي الحضر له ثمن وهو مقصود إذ له أقوام يقصدونه بالشراء والمتاجرة فيه، وربما كان ثمنه مساويا لثمن اللحم أو باق عليه فيكثر الغرر لجلهم بمقدار ثمن اللحم في الحال.

والرابع: التفصيل بين الجلد والرأس فيجوز في الجلد ولا يجوز في الرأس على القول بأن الجلد له حكم اللحم، وهو ظاهر قول ابن وهب: أنه لا يجوز أن يستثني من اللحم قليلاً ولا كثيرًا.

وأما الجلد فلا أعلم فيه في المذهب نص خلاف أنه لا يعطى له حكم اللبن إلا ما استقرأ من المذهب، وإلى أن الجلد له حكم اللحم ذهب أبو الحسن اللخمي.

وقد تؤكل الشاة مشوياً وسميطًا فيكون للجلد حكم اللحم . وعلى القول بالجواز قلا قول للبائع مع المشتري في الذبح والاستحياء.

فإن استحياها المشتري فعليه قيمة الجلد أو مثله.

وقال بعض متفقهة العصر : يؤخذ من هذه المسألة إلزام المثل في العروض، وقد يحتمل أن يكون كما قال، ويحتمل أن يكون ذلك جنوحا

إلى أن الجلد له حكم اللحم على ما يقوله اللخمي، واللحم من ذوي الوزن وهما مما يقضي فيه بالمثل. ويحتلم أن يكون ذلك اتباعًا للأمر الوارد في ذلك.

واختلف المذهب من المقدم منهما في الاختبار [ق/ ٦٧ / ٢أ] على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن البائع مقدم على المشتري في أخذ ما شاء من المثل أو القيمة.

والثاني: أن المشتري مقدم، والقولان قد تأولا على «المدونة».

والثالث: أن النظر في ذلك إلى الحاكم ويحكم فيه بما يراه.

والأقوال الثلاثة مروية في المذهب، وعلى أن المشتري مقدم أسعد بظاهر الكتاب.

[واختلف][1] في أجرة الذابح على من تكون منهما؟ قولان:

أحدها: عليهما جميعًا .

والثاني: أنها على المشتري دون البائع .

والجواب عن الوجه الثالث: إذا استثنى منها جزاءً شائعًا قل أو كثر، ففي الكتاب قولان منصوصان :

أحدهما: الجواز قياسا على استثناء الثمار وهو قول ابن القاسم وقياسه غير صحيح.

والثاني: المنع وهي رواية ابن وهب في «الكتاب»، وهو الأصح لأنه من باب اللحم المغيب من البائع والمشتري سواء بنينا على أن المستثنى مبقًا أو

---

(١) سقط من أ.

مشتراً على القول بالجواز فإنهما يكونان مشتركين فمن دعى منهما إلى الذبح فذلك له وأجرة الذبح عليهما معا.

والجواب عن الوجه الرابع: إذا استثنى جزءا معينا كالفخذ والكبد ففي الكتاب قولان:

أحدهما: المنع وهو نص قول ابن القاسم.

والثاني: الجواز وهذا القول يؤخذ من مسألة الأرطال.

فمن منع رأى أن ذلك من بيع اللحم المغيب مع الجهل بمقدار ثمن المبيع إلا بعد التقويم.

ومن جوز رأى أن ذلك غرر يسير في جنب ما بقى كاستحقاق اليسير من الكثير.

والجواب عن الوجه الخامس: إذا استثنى أرطالا مسماة فقد اختلف فيه على ستة أقوال كلها قائمة من «المدونة» :

أحدها: أن ذلك لا يجوز لا في القليل ولا في الكثير وهي رواية في «الكتاب».

والثاني: أنه يجوز في اليسير كالثلاثة الأرطال وهي رواية ابن وضاح في الكتاب خلاف ما يراه غيره من الثلث بضم التاء .

والثالث: أنه يجوز في الأربعة فدون وهو قول ابن القاسم في الكتاب حيث قال: يجوز في الأربعة وما أشبهها.

والخامس: أنه يجوز في الثلث بضم الثاء فدون وهي رواية ابن وهب في الكتاب وبه قال أشهب في غير «المدونة».

والقول السادس: أنه يجوز فيما دون الثلاثة الأرطال قَلَّت أو كثرت

وهو قول ابن القاسم في «الكتاب» حيث قال: ولم يبلغ مالك الثلث فجعل الثلث ها هنا في حيز الكثير.

فوجه القول بمنع الجميع لأن ذلك غرر في ثمن المستبقى إذ لا يعرف إلا بعد التقويم وذلك بيع بثمن مجهول.

ووجه القول بالجواز أن ذلك غرر يسير لقلة المستثنى في جنب المستبقى.

وأما اختلافهم في عدة ما يجوز أن يستثنى من الأرطال فمبني على اختلافهم في حد القليل من الكثير وذلك راجع إلى اختلاف آثار المجتهدين، وعلى هذا الخلاف ينبني اختلافهم في استحقاق اليسير من الكثير أو بعينه إذا كان على التعيين، وذلك يرجع إلى اختلافهم في اعتبار الحال والمآل. [والحمد لله وحده] (١).

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة السابعة
في الحكرة من الطعام وغيره

والكلام في هذه المسألة في أربعة أسئلة:

أحدها: احتكار ما في الأسواق.

والثاني: التربص بالطعام وغيره رجاء الغلاء.

والثالث: الحكم فيما بأيدي الناس من الطعام إذا كان الغلاء.

والرابع: في التسعير.

فالجواب عن الوجه الأول: في احتكار ما في الأسواق وهو اشتراؤه للخزين وذلك ينقسم إلى طعام وعروض فالطعام لا يخلو احتكاره من أن يضر بالناس أو لا يضر بهم.

فإن كان يضر بالناس إما بانحطاط السعر وإما أن يستوعب المحتكرون جميع ما في السوق من الطعام ولا يجد عامة الناس ما يشترون فإن التجار يمنعون من الاحتكار في هذا الوجه قولا واحداً.

فإن عثر عليهم بعد أن اشتروا فإن الطعام يخرج من أيديهم ويشتركون فيه مع الناس بالثمن الذي اشتروا به إن علم.

فإن جهل سعره يوم احتكروه وهو قول ابن حبيب، وما قاله عين المذهب وقد فعله عمر بن الخطاب ﷺ، وذلك في جميع الأطعمة.

فإن كان الاحتكار لا يضر بالناس ولا بأهل السوق فهل يمنع التجار من الاحتكار أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أنهم لا يمنعون وهو قوله في «المدونة» وغيرها، وقد قال في «الموازية»: ومما يعيبه من مضار ويرونه ظلمًا تمنع التجارة إذا لم تكن مضرة بالناس ولا بأسواقهم.

والثاني: أنهم يمنعون مع عموم الأزمان، وقد قال مطرف وابن الماجشون: لا يكون احتكار الطعام في وقت من الأوقات إلا مضراً بالناس.

فإن كان لا يضرهم فإنهم لا يمنعون قولا واحدًا ولا فرق في جميع ما ذكرناه في الطعام والعروض فيما يخزن في البلد الذي اشترى منه أو يجلب إلى غيرها من البلدان ولا بين البوادي والقرى لشمول العلة وعمومها.

والجواب عن السؤال الثاني: في التربص في الطعام وغيره رجاء الغلاء ولا يخلو المتربص من أن يكون مشتريًا أو جالبًا أو زارعًا .

فإن كان مشتريًا فإنه يجوز مع الكراهة ، وإن كان زارعًا أو جالبًا فإنه يجوز بلا كراهة.

وقد سئل مالك - رحمه الله - عن ذلك فقال: ما علمت فيه نهيًا ولا أعلم فيه بأسًا يحبس إذا شاء ويبيع إذا شاء ويخرجه إلى بلد آخر، وقال: ما من أحد يبتاع طعامًا أو غيره إلا ويحب غلاءه ولا أحب ذلك.

والجواب عن السؤال الثالث : في الحكم فيما بأيدي الناس من الطعام في زمن الشدة والغلاء هل يباع عليهم أو يؤمروا ببيعه .

فأما ما ليس فيه فضل عن قوتهم وقوت عيالهم فلا يتعرض لهم في ذلك قولا واحدًا .

وأما ما فيه فضل عن ذلك فإن الإمام يأمرهم بإخراج ما عندهم من الفضل للبيع بالسعر الواقع وهو قول مالك في «الموازية».

ومن ليس عنده ثمن فإنه يجب عليهم مواساته ولا يتركونه يموت جوعًا فيسألون عنه يوم القيامة.

والجواب عن السؤال الرابع: في التسعير في الطعام وغيره.

وقد [نهى][١] رسول الله ﷺ عن التسعير، وقد سئل رسول الله ﷺ أن يسعر فأبى وقال: «**إني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد منكم عندي مظلمة**»[٢] وقال: «**إن الغلاء والرخص جندان من جنود الله تعالى**»[٣].

فالمبيع في الأسواق ينقسم إلى عروض وطعام، فالعروض لا يجوز تسعيرها قولا واحدًا، وأما الطعام فإنه ينقسم إلى المقتات به غالبا وإلى ما هو إدام.

فالطعام المقتات به مثل القمح والشعير والسلق وغيره مما جرت العادة ببيعه على يديه ولا يترك التجار يشترونه ليبيعوه على أيديهم فلا أعرف في المذهب نص خلاف أن التسعير فيه لا يجوز.

وأما ما هو إدام كاللحم والزيت والسمن والعسل أو ما ليس بإدام إلا أنه فاكهة مما يستطرفه الناس فالمذهب في تسعيره على قولين:

أحدهما: أنه لا يجوز فيه التسعير جملة وهو مشهور المذهب وقد قال ابن القاسم في «العتبية»: قال مالك في السوق إذا أفسد أهله سعره أنه لا يسعر عليهم.

والثاني: أنه يسعر عليهم على قدر ما يرى من سعرائهم وهو قول أشهب عن مالك في «العتبية» في اللحم، وابن حبيب في الزيت والسمن

---

(١) سقط من أ.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٤٥٠)، وأحمد (٨٤٢٩) وصححه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى .

(٣) قال الشيخ الألباني: موضوع، الضعيفة (١٢١٣).

والعسل والفواكه والبقول واتفق المذهب على من حط سعراً أن يقال له: إما أن تلحق بسعر أهل السوق وإلا فارفع منه، ولا يجبر على أن يلحق به مثل أن يبيع أهل السوق أربعة أرطال بدرهم فأراد هو أن يبيع ثلاثة أرطال بدرهم.

وأما الزيادة في السعر مثل أن يبيع أهل السوق أربعة أرطال بدرهم فباع واحد خمسة أرطال فهذا لا يؤمر أهل السوق بالإلحاق حتى يكون من يبيع ذلك السعر أكثر أهل السوق فعند ذلك يؤمر من بقى بالإلحاق بهم وإلا رفع من سوق المسلمين ، وينبغي للإمام تفقد المكاييل والموازين في كل حين، وأمر مالك بذلك، وأن يكون الكيل في البلد الواحد واحداً كيل [القفيز][1] وكيل القسط ووزن، وأن يكون القفيز معروفا بمد النبي ﷺ وصاعه أن يتبايعوا فيما دون القفيز بالصاع والمد وأن يأمر الناس بوفاء الكيل والوزن ويؤدب من يطففهما.

وقال مالك في «العتبية» و«الموازية»: إذا ملأ رأس المكيال فهو الوفاء من غير رزم ولا تحريك ولا زلزلة، ولكن يصب على رأس المكيال ويمسك بيده فإذا امتلأ أرسل يده ولم يمسك ولا يجوز أن يمسح الكيل باليد .

وقد روى أن رسول الله ﷺ نهى عنه وأمر بيسير الكيل ، وقال : إن البركة في رأسه.

وقال عبد الملك بن الماجشون : بلغني أن كيل فرعون إذا كان الطفاف مسحا بالأيدي قال مالك : ويغربل القمح للبيع وهو الحق الذي [لا][2] شك فيه . [والحمد لله وحده] [3] .

---

(١) في أ: الفقر.
(٢) سقط من أ.
(٣) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثامنة

فيمن اشترى لبن غنم بأعيانها مدة معلومة فمات بعضها

ولا تخلو الغنم من أن تكون يسيرة أو كثيرة.

فإن كانت يسيرة فلا يخلو من أن يشتريه [ق/ ٦٨ / ٢أ] على الكيل أو على الجزاف.

فإن اشتراه على الكيل فلا خلاف في الجواز، وإن اشتراه على الجزاف فالمذهب في جوازه على قولين قائمين من «المدونة».

أحدهما: أن ذلك لا يجوز وهو غرر وخطر بموت الشاة قبل الإبان وهو نص «المدونة».

والثاني: أن ذلك جائز في القليل كجوازه في اليسير وهو ظاهر قوله في «المدونة» في الذي اكترى بقرة للحرث واشترط حلابها حيث قال: لا بأس بذلك إذا عرف وجه حلابها وهو تأويل فضل بن سلمة وابن أبي زمنين وأبي بكر بن عبد الرحمن وبعض شيوخ القرويين وهو قول أشهب عن مالك وهو الصحيح لمساواة القليل والكثير في توقع الفوات قبل الإبان.

وقد اختلف شيوخ المذهب في تأويل ما وقع في «المدونة» فمنهم من قال أن ذلك اختلاف قول واضطراب رأي وهو قول سحنون ومن ذكرناه من المتأخرين.

ومنهم من قال: إن ذلك اختلاف حال لأن البقرة هي المقصودة لأجل العمل واللبن تبع والأتباع لا تراعى وهذا باطل لقوله في الكتاب: إذا عرف وجه حلابها والمعرفة لا تشترط في الأتباع .

ومنهم مـن قال: إنما جوز ذلك للضـرورة لكون البقرة في يـد المكترى والضرر يكـثر عليه بترداد المـكترى لحلابها فـجاز ذلك كما جاز بيـع العرية بخرصها للضـرورة ولو كانت عند ربها والمكترى هو الذي يـحلبها كل يوم لجرته لم يجز على حال لأنه مقصود بالشراء حينئذ.

ومنهم من فرق بين السؤالين ويقول : إن لبن الشاة هو المشترى في تلك المسألة وفيه الغـرر بنفسه وهنا المقصود الكراء واللبن تـبع والغرر فيه وحده، والغرر اليسير معفو عنه في الشرع.

فيتحصل من مجموع ما تأول عليها أربعة أقوال.

فأمـا الوجـه الثـاني: إذا كانت الغنـم كثيرة وقد اشترى لبنـها ثلاثة فلا خلاف في الجواز ثم إن مات بعضها في أثناء المدة وبقى بعضا مثل أن تكون جملتهـا عشر شياه واشترى لبنهـا ثلاثة أشهر ثم ماتت منهـا خمس بعد أن حلت جميعها شهرا قال في «الكتاب»: يـنظر فإن كانت الميتة تحلب قسطين والباقية قسطًا قسطًا نظر كم الشهر من الثلاثة في قدر نفاق اللبن ورخصه.

فإن قيل :النصف وقـد قبض نصف صفقته بنصف الثـمن وهلك ثلثا النصف الـباقي قبل قبضـه فله الرجوع بحصتـه من الثمن وهو ثلـثا نصف الثمن أجمع.

ولو كان موت هذه الميتة قبل أن يحلب شيـئا لرجع بثلثي جميع الثمن، وعلى هذا يحسب أن لو كان حصة الميـت الثلث أو النصف أو الثلاثة أرباع وهذا نصه في «المدونة».

وصورة المسـألة أن يقدر أن القـيمة كانت اثـنا عشر دينـارًا أو يقدر أن الخمسة الهالكة التي تحلب قسطين قيمة لبنها على قدر التشاحح عليه ونفاقه في زمنه ستة دنانير ويقدر أن ذلك الشهر يـعدل الشهرين الباقين فيكون قد

استوفى نصف صفقته ثم إن النصف الباقي من المدة قد هلك فيها ثلث المشترى قبل أن يقبضه وهو قيمة أربعة دنانير، وهو ثلث جميع القيمة فيصح له الرجوع على البائع بثلث الثمن إن كان قد انتقده ويوضع عنه من جملة الثمن إن لم يدفعه، سواء كان الثمن قليلاً أو كثيراً ، فعلى هذا يحسب أن لو كانت قيمة الميتة الثلث أو الربع على هذا المنهاج يجري.

والحمد لله رب العالمين.

كتاب التدليس بالعيوب

كتاب التدليس بالعيوب

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها ثمان عشرة مسألة

المسألة الأولى

فيمن اشترى سلعة ثم اطلع بها على عيب

ولا يخلو من أن يحْدِث عيب آخر أو لم يحْدِث.

فإن لم يحدث عند المشتري عيب ولا تغيرت السلعة فهو بالخيار بين أن يردها على البائع ويأخذ جميع الثمن، أو يحبسها ثم لا شيء له من قيمة العيب، ولا خلاف في هذا الوجه.

والدليل عليه حديث المصراة ، وهو أصل في كل غش وتدليس فإن حدث عند المشتري في المبيع حدث يغيره عما كان عليه وقت البيع فلا يخلو ما حدث فيه من أربعة أوجة:

أحدها: أن يدخله زيادة.

والثاني: أن يدخله نقصان ولا تفوت عينه.

والثالث: أن تفوت عينه لخروجه عن ملكه.

والرابع: أن يعقد فيه عقداً يمنعه من رده.

فالجواب عن الوجه الأول: وهو أن يدخل البيع زيادة، فإن الزيادة لا تخلو من خمسة أوجه:

أحدها: زيادة بحوالة الأسواق.

والثاني: زيادة في حال المبيع.

والثالث: زيادة في عين المبيع فيما حدث فيه أو بشيء من جنسه يضاف إليه.

والرابع: زيادة من غير جنس المبيع مضافة إليه.

والخامس: ما أحدثه المشتري في المبيع من صفة مضافة إليه كالصبغ وما أشبه ذلك بما ينفصل عنه.

فأما الزيادة بحوالة الأسواق والزيادة في حال المبيع مثل أن يكون عبدا فيتعلم الصنعة فتزيد قيمته لذلك فإنه لا يعتبر فيها ولا يوهب للمبتاع خيار.

وأما الزيادة في عين المبيع فيما هو حادث فيه كالدابة تسمن والصغير يكبر أو شيء من جنسه مضاف إليه كالولد يحدث فيه فقد اختلف فيه المذهب على أربعة أقوال:

أحدها: أن ذلك ليس بفوت والمشتري مخير بين أن يردها بحالها أو يردها وولدها إن حدث أو تمسك ولا شيء له من قيمة العيب وهو قول مالك وابن القاسم في «العتبية» في الدواب والولادة والعبيد والصغير يكبر.

والثاني: أن ذلك فوت في الجميع ويكون المشتري بالخيار بين أن يمسكها ويرجع على البائع بما نقصه العيب أو يردها ولا شيء عليه في تلك الزيادة وهو قول ابن القاسم في «العتبية» أيضا إذا سمنت سمانة بينة وهو أحد قولي مالك أيضًا .

والثالث: أن ذلك فوت في الجميع وله قيمة العيب ولا خيار له في الرد وهو قول ابن القاسم في «المدونة» في الصغير يكبر والسمانة، وحدوث الولد كزيادة الصغير يكبر ولا فرق.

والرابع: التفصيل بين سمانة الرقيق وسمانة الدواب فالصغير يكبر

وحدوث الولد والدابة سمن وذلك فوت وليس السمن في العبيد فوت وهو قول مالك أيضا في «المدونة».

وأما الزيادة المضافة إلــى المبيع من غير جنسه مثل أن يــشتري العبد ولا مال له فيفيده عنده مالا بهبة أو صدقة أو تجارة أو إفادة بوجه غير خراجه أو يشتري الــرجل النخل ولا ثمــر فيها فيثــمر عنده ويجد عــيبًا ولا خلاف أن ذلك ليس بفوت ولكن له الخيار بين أن يمسك ولا يرجع بقيمة العيب أو يرد العبد وماله والنخل وثمرها ما لم يطب على الخلاف [فإن][1] تمادى يصير غلة على ما سنوضحه في مسألة مفردة في هذا الكتاب إن شاء الله.

فإذا رد النخل وثمرها هل يرجع بقــيمة السقي والعلاج أم لا؟ فالمذهب على قولين مشهورين.

وأما الزيادة بما أخذه المشتري ي المبيع من صنعة مضافة إليه كالصبغ وما أشبه ذلك مما لا ينفصل إليه بحــال أو لا ينفصل عنه إلا بفساد، فلا خلاف في المذهب أن ذلك يوجب له الخيار بين أن يمــسك أو يرجع بقيمة العيب أو يرد ويكون شريكا بما زاد الصبغ.

والجواب عن الوجــه الثاني: إذا ثبت نقصان في المبــيع، فلا يخلو ذلك النقصان أيضًا من خمسة أوجه :

أحدها: نقصان بحوالة الأسواق.

والثاني: نقصان بتغير حال المبيع.

والرابع: نقصان من غير عين المبيع.

والخامس: نقصان بما أحدث المشتري في المبيع.

---

(١) سقط من أ.

فأما النقصان بحوالة الأسواق فلا عبرة به وهو مخير بين أن يرد أو يمسك ولا شيء له.

وأما النقصان بتغير حال المبيع مثل أن يشتري الأمة فيزوجها أو العبد فيزوجه أو يزني أو يسرق أو ما أشبه ذلك مما تنقص به قيمته فلا خلاف في المذهب أن التزويج عيب في الرقيق مع بقاء الزوجية ودوامها وفي انقضاء الزوجية فيها بالموت أو الفراق فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها: أن ذلك ليس بعيب وهو قوله في «المدونة» وهو مشهور المذهب.

والثاني: أن ذلك عيب استدامت الزوجية بينهما أو انقضت وهو قول ابن القاسم وأشهب عن مالك في «المدونة».

والثالث: أن التزويج عيب في الواقعة بعد الموت والفراق دون الوحش وهو قول ابن القاسم في «كتاب محمد».

والرابع: التفصيل بين الموت والفراق فيكون عيبًا مع الفراق وليس بعيب مع الموت وهو ظاهر قوله في «الموازية» وهو قول أبي سعيد البراذعي في «كتاب الشرح والبيان» .

وسبب الخلاف : اختلافهم في العلة التي لأجلها صار النكاح عيبًا في المبيع بعد اتفاقهم على أن مجرد النكاح ليس بعيب لأن الله تعالى ورسوله قد أباحه ، وما نص الله تعالى ورسوله على إباحته فليس بعيب فثبت أن العلة أمر زائد على النكاح ، واختلف في ذلك الزائد ما هو؟

فمنهم من يقول [ق/ ٦٩ / ٢أ] : إن العلة في ذلك كون المزوج منهما

يسرق مال سيده وينقل من بيته إلى زوجته أو إلى زوجها إن كانت أمة، ويتعطل عن شغل السيد ويذهب إلى موضع الزوجة أو الزوج إن تباعدت المواضع وذلك غرر على المشتري وقد تصيبه أمة تذهب به في ذهابه.

فإذا انقطعت العصمة بينهما بفراق أو موت زالت العلة المجردة، ومنهم من يقول: إن العلة في ذلك كون العبد والأمة طرءا بالنكاح فيكون من العبد التشوف إلى النساء ومن الأمة إلى الرجال وذلك مما يفسر أحوالهما مع المشتري لأن من اعتاد النكاح واستأنس به يميل به الطبع إليه ويغلبه الشوق ويؤدي به ذلك إلى أن يهوي ويعشق وذلك غاية الضرر على السيد.

فإذا ثبت أن التزويج عيب في الرقيق إما مع بقاء الزوجية ودوامها على الاتفاق وإما بعد الفرقة والانصرام على الخلاف فإن ذلك فوت ويخير المشترى بين أن يرد المبيع مع قيمة ما نقص عيب الربح عنده أو يمسك ويرجع بما نقص العيب القديم عند البائع.

وأما ما كان من عيوب الأخلاق كالزنا والسرقة وشرب الخمر إذا حدث عند المشتري وقد اطلع على عيب فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنها عيوب يرد معها النقص إن اختار الرد، وهو مشهور المذهب.

والثاني: أنها ليست بعيوب يرد معها الأرش وله أن يرد ولا شيء عليه، وهو قول ابن حبيب.

وأما النقصان بتغيير عين المبيع مما يحدث في يديه فلا يخلو ذلك من أربعة أوجه:

أحدها: أن يكون عيبًا خفيفًا لا ينقص من الثمن ولا يخشى له غائلة.

والثاني: أن يكون عيباً يسيراً ينقص من الثمن كثيراً أو يبقى معه جل منافع المبيع إلا أنه تؤمن غائلته.

والرابع: أن يكون عيبًا مفسدًا ذهب بأكثر منافع المبيع.

فإن كان عيبًا لا ينقص من الثمن كالكي الخفيف الذي لا يخالف اللون ولا تفاحش في العظم ولا هو في موضع مستقبح مثل الفرج وما والاه وغائلته مأمونة وما أشبهه من العيوب الخفيفة التي لا تأثير لها في ضمان الثمن.

فإن كان عند النخاسين عيبًا فلا خلاف أعلمه في المذهب أنه لا رد للمبتاع إذا اطلع عليه ولا يرد له شيئا إذا حدث عنده واطلع على عيب قديم يوجب الرد، وهو نص قول مالك في «الموازية».

فإن كان عيبًا خفيفًا ينقص من الثمن يسيرًا أو كان مما تؤمن غائلته كذهاب السن الواحدة أو ما لا تؤمن غائلته كالحمى والرمد.

فأما ذهاب السن الواحدة في الرابعة في عيب عندهم كانت من مقدم الفم أو مؤخره وهو قول ابن القاسم في الضرير في «العتبية» في سماع أصبغ عنه، وابن حبيب في «واضحته».

وفي غير الرابعة من ذكر أو أنثى قولان:

أحدهما: أن ذلك ليس بعيب فيهما وهو قول في «العتبية».

والثاني: أنه عيب فيهما إذا كانت السن [المنزوعة] [1] من مقدم الفم، وليس بعيب إن كانت من مؤخره وهو قول ابن حبيب في «واضحته» ويتخرج فيها قول ثالث: أن الواحدة عيب في الرابعة وغيرها كانت من

---

(١) في أ: المزروعة.

مقدم الفم أو مؤخره وهو ظاهر قول ابـن القاسم في «كتاب المرابحة»، وأما الحمى والرمد فالمذهب فيهما على قولين:

أحدهما: أن ذلك ليس بعيب وأن المشتري بالخيار بين أن يرد أو يمسك، فإن رد فلا يرد مع المبيـع شيئاً، فإن اختارا إمساكها فلا يخرج بـقيمة العيب وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والـثانـي: أن ذلك فوت فلا يرده إن اخـتار الرد إلا فيما نقصـه العيب عنده وهو مذهب سحنون.

ووجه الحـمى والرمد أنـهما لا تـؤمن غائـلتهمـا، والحمى مـرض من أمراض الموت، والرمد لا يؤمن أن يذهب البصر من أجله.

وقد تأول بعض المتـأخرين على سحنون أن المشتـري لا يمكن من ذلك حتى تستبرأ عاقبتهما ويعلم مآل أمرهما، وعلى ذلك حمل كلامه، وما قلنا أولى.

فإن كان عيبا فاحشـا ينقص من الثمن كثيراً كقطع الـيد والشلل والعور وقطع الرجـل الواحدة أو الرجلين فـهل له الرد أو يجب أو يمـنع من الرد؟ على أربعة أقوال:

أحدها: أن المشتري بالخيار بين الرد والإمساك، فإن اختار الإمساك رجع بما نقص العيب الحادث عنده، وهو مذهب «المدونة».

والثاني: أن ذلك فوت يمنعه الرد كما لو ذهب عيناها جملة وهو ظاهر قوله في «المدونة» في الكبير يهرم، فقـد قال: إنه يمنع من الرد ويرجع بقيمة العيب، وهو قول محمد بن مسلمة فيما ذهب أكثر منافعه.

والثـالـث: أن الرد واجب على المشتري ولا يجوز الرضا بالسلعة المبيعة وهو أحد قولي مالك فـي الصفقة إذا استحق جلها وكان الاسـتحقاق على

اليقين حيث قال: لا يجوز له التماسك بما بقى لأنه بثمن مجهول إذ لا يعرف قيمته إلا بعد التقويم فصار بيعا مؤتنفا بثمن مجهول، وذلك موجود في هذه المسألة لأن ما بقي من السلعة غير معيب قيمته مجهولة فلا يعرف إلا بعد التقويم، وهذا تأويل بعض المتأخرين على الكتاب أن قوله في هذه المسألة بالتخيير بين الرد والإمساك يتخرج على أحد قولي مالك أن له الإمساك بما بقى في مسألة الاستحقاق.

والرابع: التفصيل بين ما كان من سبب المشتري وما كان بسبب سماوي.

فإن كان من سبب المشتري فإنه يرد معه ما نقص عنده، وما كان من سبب سماوي فإنه يرده ولا يرد معه شيئا، وهو قول أبي الفرج في «الحاوي»، وهو أضعف الأقوال.

والدابة إن تعطلت أعضاؤها أو انقطع ذنبها أو أذنابها كالعبد والأمة في جميع ما أوردناه من الأقوال.

وعلى القول بالتخيير للمشتري بين الرد مع ما نقص العيب فإن قال البائع: أنا أقبله معيبًا وأرد جميع الثمن هل يمكن من ذلك ويخير كما يخير المشتري؟ على أربعة أقوال:

أحدها: أن الخيار للبائع كما يكون للمشتري وأن المشتري إن اختار الإمساك والرجوع بقيمة العيب، وقال البائع: أنا أقبله بجميع الثمن معيبا كان القول قوله، وهو قول ابن القاسم في أول «كتاب العيوب» من «المدونة».

والثاني: أنه لا خيار للبائع وإنما الخيار للمشتري وهي رواية ابن القاسم وابن نافع عن مالك وبه قال عيسى بن دينار.

والثالث: التفصيل بين أن تكون الزيادة فيمن قيمته مع العيب الذي فيه فيكون الخيار للمبتاع دون البائع ولم يكن فيه إلا التفصيل فيكون الخيار لهما جميعا كما قال ابن القاسم وأشهب وهو تأويل بعض الشيوخ على «المدونة».

والرابع: التفصيل بين أن يكون البائع مدلسا أو غير مدلس.

فإن كان مدلسا فلا خيار له، وإن كان غير مدلس كان له الخيار وهو تأويل ابن لبابة على «المدونة» وهو تأويل حسن جيد في الفقه.

فإن كان عيبا مفسدا فذهب بجل منافع المبيع مثل العمى وقطع اليدين والرجلين أو ما أشبه ذلك فالمذهب على قولين :

أحدهما: أن المشتري يرجع على البائع بقيمة العيب ولا خيار له في الرد كما لو فات عينه وهو مشهور المذهب وهو نص «المدونة» في الكبير يهرم.

فإذا هرم الكبير فقد ذهبت منافعه؛ وإن كان بعض المتأخرين فقد فرق بين الصغير يكبر والكبير يهرم، وبين ما تعطلت منافعه من العبيد والدواب والحيوان قائلا: إن الصغير يكبر والكبير يهرم قد صار جنسا آخر غير جنسه الأول حتى يجوز سلم أحدهما في الآخر، وما بطلت منافعه على خلاف ذلك.

وما فرق به هذا المتأخر باطل لوجود ذلك فيما تعطلت منافعه من العبيد والدواب والحيوان وزوال المراد منه حتى صار من حواشي جنسه فإنه يجوز أن يسلم فيه خيار جنسه مما بقيت منافعه وسلمت الأغراض المقصودة فيه، وهو قول محمد بن مسلمة.

والثاني: أن المشتري بالخيار بين الرد مع قيمة العيب والإمساك ويرجع

بما نقص العيب على البائع هو ظاهر «المدونة» حيث أطلق الجواب في الكتاب في العيوب المفسدة مثل القطع والشلل والعمى.

فإذا كان كذلك فقد ذهبت أكثر منافع المبيع، وكذلك إذا قطعت له يد واحدة وكانت صنعته في يده كطراز قزاز أو صائغ وما أشبه ذلك فإن ذلك مما يذهب بأكثر منافعه، وعلى هذا حمل أكثر شيوخ المذهب ظاهر الكتاب.

فأما النقصان من غير عين المبيع مثل أن يشتري بنخل بثمرها قبل الطياب قبل الإبار أو بعده، أو عبدا وماله فيذهب مال العبد بتلف والثمر بجائحة فإن ذلك ليس بفوت قولا واحدا، وله الخيار بين أن يرده ولا شيء عليه ويمسكه ولا شيء له.

وأما النقصان بما أحدث المبتاع في البيع بما جرت العادة أن يحدث فيه مثل أن يشتري الثوب فيصبغه أو يقطعه فينقص الثمن لذلك، فإن هذا فوت باتفاق المذهب والمشتري فخير بين أن يمسك أو يرجع [ق/ ٧٠ / ٢أ] بقيمة العيب أو يرد ويرد ما نقصه ما أحدث فيه إلا أن يكون البائع مدلسا فلا يكون عليه للنقصان شيئا يرده من أجله.

واختلف إن أراد أن يمسك هل له أن يرجع بقيمة العيب أم لا على قولين:

أحدهما: أن ذلك له، وهو مذهب ابن القاسم في «الكتاب».

والثاني: أن ذلك له فيما نقصه بصناعة الصبغ دون ما نقصه القطع، وهو محمول على أنه غير مدلس حتى يثبت ذلك عليه إما ببينة أو بإقراره به على نفسه، وهو قول أصبغ، وابن المواز.

والجواب عن الوجه الثالث: إذا فات عين المبيع فلا يخلو فواته مما

يخرجه عن ملك بعوض كالبيع وغيره من سائر وجوه المعاوضات؛ فالكلام عليه يأتي في مسألة مفردة إن شاء الله.

فإن خرج من يده بغير عوض فلا يخلو ذلك من وجهين:

أحدهما: أن يكون باختياره وإيثاره، أو يكون ذلك بغير اختياره وإيثاره؛ مثل أن يكون عبدا فيقبله المشتري أو يتصدق به أو يعتقه، هل له الرجوع بقيمة العيب على البائع ويكون ذلك فواتا أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أن ذلك فوات يوجبه الرجوع بقيمته، وهو القول المشهور الذي عليه الجمهور من أصحاب مالك.

والثاني: أنه لا يرجع بقيمة العيب، وهو مهجور المذهب الذي لا وجه له، وهذا القول حكاه بعض المتأخرين عن مالك في المذهب.

فإن كان ذلك بغير اختيار المشتري؛ مثل أن يكون عبدا فيموت حتف أنفه أو يقتله خطأ فله الرجوع بقيمة العيب قولا واحدا.

والجواب عن الوجه الرابع: وهو أن يعقد فيه عقدا يمنعه من رده؛ فلا يخلو هذا العقد من أن يتعقبه رجوع إلى ملكه كالكتابة على اعتبار الحال والاستيلاء والتدبير والعتق إلى أجل؛ فذلك فوت وليس فيه إلا الرجوع بقيمة العيب.

وأما إن كان العقد يتعقبه الرجوع إلى ملكه كالرهن والإجارة والإخدام ففيه في المذهب ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أن ذلك العقد ليس بفوت، ولا رجوع له بقيمة العيب حتى يرجع إلى ملكه ـ طالت المدة أو قصرت ـ وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: بالتفصيل بين أن تكون المدة طويلة فيرجع بقيمة العيب في الحال، وبين أن تكون قصيرة فينتظر حتي تنقضي المدة أو يكون أمدا بعيدا فيكون فوتا، وهو قول أشهب.

والثالث: التفصيل بين الإجارة والرهن والإخدام؛ ففي الرهن والإخدام يكون فوتا وله الرجوع بقيمة العيب، وفي الإجارة لا يكون فوتا وله الرد، ولا تنقض الإجارة؛ لأنه عقدها بموضع يجوز له كما لو زوج عبدا ثم وجد به عيبا لكان له أن يرده بعينه ولم يفسخ النكاح، وهو قول أصبغ .

وسبب الخلاف: اعتبار الحال والمآل؛ فمن اعتبر الحال قال: ذلك فوت يوجب الرجوع بقيمة العيب إن شاء، ومن اعتبر المآل قال: ذلك فوت إذ لابد أن يرجع إلى ما كان عليه. [والحمد لله وحده][1].

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثانية
في تعيب بعض الجملة المشتراة أو استحقاقه

ولا يخلو المشتري من أن يكون طعاما، أو عروضا، أو دورا أو أرضين.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا كان المشتري طعاما فلا يخلو من أن يستحق بعضه، أو بعيب.

فإن استحق بعضه فلا يخلو المستحق من أن يكون يسيرا، أو كثيرا.

فإن كان يسيرا مما لا ضرر فيه على المشتري فلا مقال له في الرد.

وإن كان كثيرا فللمشتري المقال في الرد والإمساك.

واختلف في حد الكثير؛ ففي الثلث قولان في «الكتاب».

وعلى القول بأن الثلث في حيز اليسير ففي النصف قولان في «الكتاب».

أحدهما: أن النصف في حيز الكثير، وهو نص «المدونة» في كتاب «القسمة».

والثاني: أنه في حيز اليسير كالعروض، وهو قول أشهب في غير «المدونة» في «كتاب العيوب».

ويوجد لابن القاسم من مسألة الحمل في آخر «كتاب الوكالات» من «المدونة» علي ما بيناه هناك، وهذا الحكم إذا اشترى صيرة على أن ما فيها مائة أردب ثم وجدها تنقص على ما ذكرنا، فإن تعيب البعض فلا يخلو المعيب من أن يكون يسيرا أو كثيرا.

فإن كان يسيرا كالعشر فالسلم لازم للمشتري، ولا رد له، وهل ذلك برضا البائع أم لا؟

على قولين قائمين من «المدونة» من «كتاب بيع الخيار» وغيره.

فإن كان المعيب مثل الخمس والسدس وما لا رد فيه للمشتري لو استحق فليس للمشتري إلا أن يرد الجميع لحجة البائع في استتباع المعيب السالم وحمله عليه، ثم تبين للبائع أن يلزمه السالم بحصته لحجة المشتري في الرغبة في شراء إما لرخصها وإما لإكفاء المؤنة، حتى إذا تراضيا على شيء فيجوز ما تراضيا عليه.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا كان المشتري عروضا ثم استحق بعضها؛ فإن استحق منها ما لا ضرر فيه على المشتري فالسالم يلزمه بحصته من الثمن ولا، رد له، فإن استحق منها ما عليه فيه ضرر كالثلثين ففي هذا الوجه يكون له الكلام .

ثم لا يخلو الاستحقاق من أن يكون علي التعيين أو على الإجزاء.

فإن كان على التعيين مثل أن استحق من صفقته عين - يعني: أي شيء يعبر - فهل له التماسك بما بقى منها أم لا؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة» من «كتاب العيوب» و«الاستحقاق»، ولا يخفى علي من طالعهما.

والخلاف فيهما مبني على الخلاف في جمع السلعتين في البيع.

فإن كان الاستحقاق على الإجزاء فهل يجوز التماسك بما بقي أم لا؟

على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: الجواز، وهو نص «المدونة».

والثاني: المنع، وهو قائم من «المدونة» بالمعنى؛ وبيانه أنا لو جعلنا الخيار للمشتري في الرد أولا فوجب أن يفسخ البيع ثم يختار التماسك آخرا؛ فيكون قد أخذ سلعة البائع بغير إذنه وذلك ممنوع شرعا، وهذا أصل متداع في أكثر مسائل «المدونة»؛ وهو المخير بين شيئين هل يعد مختارا لما ترك أم لا؟ وهذا معنى دقيق لا يفطن له إلا من عنده تحقيق وتدقيق.

واختلف في النصف في العروض هل هو في حيز القليل أو في حيز الكثير على قولين قائمين من «المدونة» من «كتاب القسمة» على ما لا يخفى، إلا أن المشهور في أن النصف في حيز اليسير في العروض.

والفرق بين الطعام والعروض على مشهور المذهب في أن النصف في الطعام في حيز الكثير وفي العروض في حيز اليسير أن العادة الجارية في المكيل والموزون من المأكول أن التنافس والرغبة في شراء الجملةأكثر، فإذا استحق منها النصف فقد ذهب المقصود، بخلاف العروض؛ فإن المقصود منها أعيانها حتى لا يكاد الثمن يختلف في شراء آحادها وأعدادها على المشهور.

فإذا استحق منها النصف فلا خيار له لبقاء النصف وهو كثير. والمكيل والموزون والمعدود من العروض في استحقاق النصف سواء.

والمعتبر فيما ذكرناه من استحقاق الأقل والأكثر إنما هو في القيمة دون أعيان السلع وأعدادها، بخلاف المكيل، والموزون من الطعام والعروض فإن المعتبر فيه أعداد ما يستحق فيرجع بقدر ذلك من الثمن دون تقويم إلا في صورة واحدة فإن العروض المعدودة فيها توافق الطعام؛ وهو إذا اشترى عدلا على أن فيه خمسين ثوبا فوجد فيه أربعين فإنه يرجع بخمس الثمن، ولا تقويم في هذا لعدم ما يقوم.

والرد بالعيـب والاستحقاق النظر فيـهما إلى القيمة؛ لـوجود ما يقوم، وهذا الجزء المستحق والمعيب.

فافهم هذه المعاني؛ فإنها معان فائقة، وأسرار رائقة، ولا يدركها إلا من ألقى السمع وهو شهيد.

فأما إن كان المـشتري عروضا ثم وجده المـشتري عيبا، فإن كـان المعيب يسيرا جدا فالسالم يلزم المشتري بحصته من الثمن ولا رو له.

فإن كان المعيب جل الـصفقة فهل له التماسك بالـسالم ويرد المعيب أم لا؟ على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أنه مخير بين الرد والإمساك، وليس له أن يحبس السالم ويرد المعيب، وهو قول ابـن القاسم في «كتاب العيوب» إذا كان العـيب في كثير من عدد أو وزن حتى يضر ذلك بصفقته فليس له إلا أن يرد الجميع، وليس له التمـاسك بالسالم وإن كـان معدودا لحجة البـائع في محل المعـيب على السالم.

والثـاني: قوله فيها بالتفصيل بـين أن يكون المعيب وجه الصفقة أم لا؛ فإن كان المعيب وجه الـصفقة فليس له التماسك بـالسالم الأدنى، وإن كان المعيب هو الأدنى فلـه أن يرد ويلزمه السالم بحصته مـن الثمن، وهذا نص قوله في «المدونة».

وإن كان من حجته استتـباع المعيب للسالم ومنعه من التـماسك بالسالم الأدنى ليـحمل عليـه الأكثر الأردأ فبأن يمـنع من التمـاسك بالمعيـب الأكثر ليحمـل عليه المعيب الأقل أولـى، وهذا منه اختلاف قول عـلى كل حال، وعلى أنه اختلاف حمله أبو سعيد في «التمهيد».

والجواب عن الوجه الثالث: إذا كان المشتري دورا أو أرضين فاستحق بعضها أو وجد بها عيب فالحكم في ذلك واحد.

فإذا استحق منها الشيء اليسير الذي لا ضرر فيه على المشتري فهل يلزمه الباقي بحصته من الثمن أم لا؟

قولان قائمان من «المدونة»:

أحدهما: أنه يلزمه الباقي بحصته من الثمن، وسواء كان الاستحقاق [ق/ ٧١ / ٢أ] على الإجزاء أو على التعيين، وهذا نص قوله في «المدونة» في غير ما موضع.

والثاني: أنه لا يجزئه التماسك بما بقي؛ لأنه يمسكه بثمن مجهول إذا كان الاستحقاق على معين، ويجوز إذا كان على الإجزاء، وهذا القول مستقرا من «كتاب التجارة» إلى أرض الحرب من استثناء الجز المعين من الشاة كالفخذ والكبد،وقد منعه هناك، ووجه المنع فيه لمجهلة في الثمن في المستثنى والمشترى لا يعرف قيمته إلا بعد التقويم؛ فقد منع ذلك في الشاة مع قلة المستثنى والاستثناء كالإستحقاق، وهذا ظاهر جدا لمن انصف.

فإن كان المستحق كثيرا كالنصف والثلثين فله رد ما بقي، وهل له التمسك به بحصته من الثمن أم لا؟

فإن كان الاستحقاق على الإجزاء قولان، وإن كان على التعيين قولان، والتوجيه ما تقدم في تحصيل العروض.

واختلف في استحقاق هل هو في حيز الكثير الذي لا يعتبر فيه الضرر لكون ضررا في نفسه ؟

على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن الثلث في حيز اليسير الذي يعتبر فيه وجود الضرر وعدمه.

ووجود العيب في جميع هذه الفصول كالاستحقاق سواء.

وهل الكراء في ذلك كله كالشراء؟

قولان منصوصانِ في «الكتاب». [والحمد لله وحده][1].

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثالثة

إذا اشترى عبدا بثوبين فهلك عنده أحدهما ثم وجد بالآخر عيبا

فلا يخلو من أن يوجد العيب بالثوب الباقي أو بالعبد، فإن وجد بالثوب فلا يخلو الثوب الهالك من أن يكون هو أوجه الثوبين أو هو الأدنى منهما، فإن كان الهالك هو أوجه الثوبين وتعيب الأدنى فلا يخلو العبد من أن يكون قائما أو فائتا.

فإن كان قائما فإن المشتري يرد المعيب ويرجع بما ينوبه من القيمة.

وهل يرجع ؟ [ ][1] وهو قوله في «المدونة».

والثاني: أنه يرجع بذلك في عين العبد، ويكون بذلك القدر شريكا، وهو قول أشهب.

والثالث: التفصيل بين المدلس وغيره؛ فإن كان مدلسا فإن المشتري يرجع بقيمة العيب في عين العبد ويكون شريكا، وإن كان غير مدلس فإنه يرجع بقيمة العيب في ذمة البائع لا في عين العبد، وهذا القول مخرج غير منصوص.

والرابع: أن يخير في ذلك المشتري للعبد بين أن يرخي بالشركة أو يرده على بائعه كعيب ظهر له في المبيع، والشركة في الرقيق عيب، وهو قول ابن القاسم.

ووجه القول الأول: أنه لا يكون شريكا في العبد ترجيحا لجانب

---

(١) يوجد سقط بالأصل.

مشتري العبد لما يلحقه من الضرر في الشركة التي لم يدخل عليها أولا.

وجه القول الثاني: أن الأصول موضوعة على أن من باع عرضا بعرض فاستحق أحدهما ووجد به عيبا فإنه يرجع في عين شيئه إن كان قائما أو بقيمتها إن كان فائتا.

فإذا كان الحكم أن يرجع في عين شيئه مع تعييب الجميع أو استحقاقه فكذلك يرجع فيه إذا تعيب البعض واستحق؛ لأن الموجب برجوع من شيئه.

ووجه القول الثالث: بالتفصيل بين التدليس وغيره إن كان مدلسا كان هو المتسبب في ذلك ويحسب على أنه دخل على الشركة باختياره وإيثاره، والظالم أحق أن يحمل عليه.

ووجه القول الرابع: بأن الخيار في ذلك للمشتري لأن بائع العبد قد تعين حقه في عين شيئه فيكون له الرجوع في عينه ويشتري العبد ويدخل على ضرر الشركة ولا رضى به، فإذا استحق بعض العبد من يده كان له الخيار بإيثار العيب والشركة أو الرد، فإن اختار الرد كان له الخيار بإيثار العيب والشركة أو الرد، فإن اختار الرد كان له الخيار أيضا بين أخذ الثوب المعيب مع قيمة التالف أو أخذ قيمة الثوبين جميعا.

فإن كان العبد فائتا فلا يخلو فواته من أن يكون بحوالة الأسواق أو مما هو أعلى منها؟ فإن فات بحوالة الأسواق فهل يكون ذلك فيه فوتا أم لا؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن ذلك فيه فوت، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» وكتاب «محمد» أن حوالة الأسواق تفوت عرض البيع.

والثـاني: أنه ليس بفوت، وهو ظاهر «الكتاب» إذا تلف الأدنى وتغيب الأعلى حيـث قال: إنه يرد المعيـب مع قيمة التـالف وتلف أقلهـا أشد من حوالة الأسواق، ومع ذلك لم يجعله فوتا، وهو تأويل بعض الأندلسيين.

وسبب الخلاف: اختلافهم في الرد بالعيب فيما فات من الأعواض هل يعطى له حكم البيع الفاسد لمساواتـها في القيمة وأن المرجوع في ذلك إليها في غير ذات المثل، أو لا يعطى له حكمه لاختلافهما في موجب الشرع لأن الرد في البيع الفاسد جبري والرد بالعيب أمر اختياري فافترقا.

فإن كان فواتـه مما هو أعلى فلا يخـلو من أن يكون مما يمكـن الرد معه مثل أن يعقد فيه عقدًا من عقود الحرية فإنه يرجع بقيمة المعيب في ذمة بائعه قولاً واحدًا .

فإن كان مما يمكن الـرد معه كنقصان الذات وزيادتها فـمنصوص المذهب على أنه يرجع بقيمة العيب في الذمة لا في عين العبد.

ويتخرج فيـها قول آخر أنه يرجع في عـين العبد ويكون شريكـا ليكون عين شيئه.

فإن كان [الهالك][1] هو الأدنى من الثوبين وتغيب الأعلى، فإن كان العبد قائما فإنه يرد القائم من المعيـب وحده ويأخذ ما ينوبه من قيمة العبد، ويمضي الأدنى بما ينويه من قيمة العبد، وهو مذهب «المدونة»، وإن كان قد أعقد هذا الوجه في «الكتاب» ولم يذر فيه إلا أصولا تدل عليه.

والثاني: أنه يرد الثوب القائم المعيب مع قيمة الهالك ويأخذ قيمة عبده وهو رأي الأندلسيين. واختلف في القيمة مـتى تعتبر على قولين قائمين من

---

(١) في أ: الهلاك.

«المدونة» على اختلاف الروايات فيها:

أحـدهـما: أن القيمة فيها يوم القبض، وهي رواية التميمي، وهو الصحيح.

والثاني: أن المعتبر في ذلك يوم الصفقة، وهذا ينبني على الخلاف الذي قدمناه في الرد بالعيب هل يعطى له حكم الفاسد فيما يرجع إلى القيمة أم لا؟

فإن كان العبد هو المعيب فإن مشتريه يرده ويأخذ ثوبيه إن كانا قائمين أو قيمتهما إن كانا فائتين.

فإن فات أحدهما وهو الأعلى كان فوتًا للأدنى، ويأخذ قيمتها إلا أن يريد البائع أن يأخذ الأدنى مع قيمة الأعلى كان ذلك له؛ لأن الحق له.

وإن فات الأدنى أخذ الأعلى مع قيمة الفائت، ويرد العبد إن شاء، والحمد لله وحده.

المسألة الرابعة

فيمن اشترى سلعة فلم يقبضها حتى هلكت عند البائع أو هلكت ثم عليم أن بها عيبا، وما الذي يكون قبضا وتصير به في ضمان المشتري إذا وجد

ولا تخلو السلعة المبيعة من وجهين:

أحدهما: أن تكون محبوسة بالثمن عند البائع أو تكون في حكم المحبوسة بالثمن.

والثاني: أن تكون غير محبوسة في ثمن.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا كانت محبوسة في الثمن أو هي في معنى المحبوسة مثل أن لا يصرح البائع بالحبس ولا مكن المشتري من القبض حتى هلكت السلعة، فلا يخلو إهلاكها من وجهين: إما أن يكون بسبب سماوي، أو بسبب آدمي.

فإن كان هلاكها بسبب سماوي فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الضمان فيها من البائع.

والثاني: أن الضمان فيها من المشتري، والقولان لمالك في «الكتاب».

والثالث: التفصيل بين أن يكون المشتري من أهل البلد وهو موسر فيكون الضمان من البائع، أو يكون غريبًا أو بلديًا معسرًا فيكون الضمان من المشتري، وهو قول مالك في «مختصر ما ليس في المختصر».

وسواء كان المبيع في جميع هذه الأقوال مما يغاب عليه أو مما لا يغاب عليه، حاضرًا كان أو غائبًا.

وسبب الخلاف: اختلافهم في المخاطب بالتسليم أولاً هل البائع مخاطب بتسليم المبيع فبعد ذلك يخاطب المشتري بتسليم الثمن، أو المشتري مخاطب أولا بتسليم الثمن وبعد ذلك يخاطب البائع بتسليم المبيع؛ فإذا قلنا بأن البائع مخاطب بالتسليم أولاً كان الضمان من المشتري؛ إذ بالعقد صارت في ضمانه والعقد بيع على الحقيقة والتقابض من كماله.

فإن قلنا: إن المشتري مخاطب بتسليم الثمن أولا كان الضمان من البائع ببقاء المبيع في ملكه وتحت يده، والبيع هو التقابض دون العقد بل هو السبب الموصل إلى التقابض، وهذا القول أضعف الأقوال.

وأما القول الذي فصل فيه بين البلدي الموسر والغريب والبلدي المعسر فهو حوم على هذا الأصل إذا اعتبرته.

فإن كان الهلاك بسبب آدمي فلا يخلو من أن يكون بسبب البائع، أو بسبب المشتري، أو بسبب أجنبي.

فإن كان ذلك بسبب البائع فعلى البائع لأن الضمان من البائع ينفسخ البيع.

ثم لا يخلو الثمن الذي اشترى به المشتري من أن يكون [من][1] الجنس الذي تقوم به الأشياء، أو من غير جنسه.

فإن كان من جنسه فلا يخلو من أن يستهلكه خطأ أو عمداً.

فإن استهلكه خطأ [ق/ ٧٢ / ٢أ] فلا شيء للمشتري على البائع إن كانت القيمة أكثر من الثمن.

فإن استهلكه عمدا أو كانت القيمة أكثر من الثمن غرم البائع فضل

(١) سقط من أ.

القيمة على الثمن، ولا شيء له عليه إن كانت أقل.

فإن كان الثمن من غير الجنس الذي تقوم به الأشياء؛ مثل أن يكون الثمن عرضا كان المشتري بالخيار بين أن يفسخ البيع عن نفسه أو يدفع الثمن الذي اشتراه به ويرجع بالقيمة.

وعلى القول بأن الضمان من المشتري يكون العمد والخطأ سواء؛ فعلى المشتري الثمن وعلي البائع القيمة.

فإن تجانسا تقابضا، ومن له الدرك على صاحبه رجه به عليه.

فإن لم يتجانسا غرم البائع القيمة وغرم المشتري الثمن.

فإن استهلكه المشتري فعلى القول بأن الضمان من البائع ينظر فإن استهلكه خطأ انفسخ البيع ويغرم المشتري أكثر من الثمن أو القيمة؛ لأنه بالخطأ أبطل الدين الذي عليه، فعلى القول بأن الضمان من المشتري يكون عليه الثمن ـ قل أو كثر ـ لأنه صار في معنى المقبوض.

فإن استهلكه عمدا غرم الثمن على القولين جميعا؛ لأن ذلك يعد منه رضا بقبضه على تلك الحال.

فإن استهلكه أجنبي عمدا أو خطأ فعلى القول بأن الضمان من البائع يكون على الأجنبي الأكثر من القيمة أو الثمن؛ لأن خطأه على السلعة أبطل على البائع الدين الذي له عليه في ذمة المشتري. وعلى القول الآخر تكون القيمة للمشتري على الذي استهلكه وعليه الثمن للبائع.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا كانت السلعة المبيعة غير محبوسة في ثمن فلا تخلو من أن تكون مما يتعلق به حق التوفية أم لا. فإن كان مما يتعلق به حق التوفية كالمكيل والموزون والمعدود إذا اشتراه على كيل أو وزن

فلا خلاف أنه في ضمان البائع حتى يقبضه المشتري وصار في وعائه.

واختلف إذا هلك وهو في المكيال أو في كفة الميزان على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الضمان من البائع حتى يصب في وعاء المشتري.

والثاني: أنه من المشتري وإن لم يصل إلى وعائه.

والقولان لمالك ﷺ.

والثالث: التفصيل بين أن يكون المشتري هو متولي الكيل والوزن فيكون الضمان منه، وإن كان المتولي لذلك هو البائع أو وكيله فالضمان من البائع، وهو قول سحنون .

وسبب الخلاف: أجرة الكيل على من تكون؟ قيل: على البائع، وقيل: على المشتري، فمن رآها على البائع قال: الضمان منه ـ وهو الأظهر ـ ومن رآها على المشتري قال الضمان منه، وإن كان المبيع مما لا يتعلق به حق التوفية فلا يخلو البائع من أن يمكن المشتري من القبض أو لا يمكنه.

فإن لم يمكنه من القبض فهو فصل المحبوسة في الثمن، وقد قدمناه.

فإن مكنه من القبض هل يكون ذلك كالقبض أم لا؟

على قولين:

أحدهما: أن التمكين كالقبض، وهو مشهور المذهب والمنصوص فيه.

والثاني: أن التمكين [ليس كالقبض][1]، وهذا القول مخرج غير منصوص عليه في المذهب.

وقد حكى الحفيد إجماعًا في المذهب أن التمكين في البيع الصحيح

---

(١) مكانه بياض بالأصل.

قبض، وما قاله ليس بصحيح؛ لأن لنا في «المدونة» مسائل تدل على أن التمكين ليس بقبض.

وأما إذا اشترى سلعة ثم علم أن بها عيبا بعد أن هلكت فلا يخلو هلاكها من وجهين: إما أن يكون قبل القيام بالعيب، أو بعد القيام.

فإن هلكت بعد القيام بالعيب وكان هلاكها من غير سبب العيب فلا خلاف أن ضمانها من المشتري، وله الرجوع على البائع بقيمة العيب.

فإن هلكت بعد القيام بالعيب فممن ضمانها؟

فالمذهب على أربعة أقوال:

أحدها: [أنها][1] في ضمان المشتري حتى يحكم السلطان بردها على البائع، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب».

والثاني: أنها في ضمان المشتري وإن قضى له السلطان بالرد حتى يقبضها البائع، وهو أحد قولي مالك في «كتاب محمد».

والثالث: أنها في ضمان البائع بيقين بنفس إثبات المشتري العيب عند السلطان.

والرابع: أنه إذا أشهر المبتاع أنه غير راض فقد برئ من الضمان إلا أن يطول الأمد حتى يرى أنه راض به، وهو قول أصبغ. [والحمد لله وحده][2].

---

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الخامسة

إذا اشترى جارية على جنس فوجدها على خلافه

فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يشترط الأعلى فيجد الأدنى.

والثاني: أن يشترط الأدنى فيجد الأعلى.

والثالث: أن يشترط جنسًا فوجد غيره مما يتفق معه في العلاوة.

فإن اشترط الأعلى فوجد الأدنى، مثل أن يشتري جارية على أنها بربرية فوجدها أسبانية أو إبرية فله الرد قولا واحدًا .

فإن اشتـرط الأدنى فوجد الأعـلى؛ مثل أن يـشتريهـا على أنهـا إبرية فوجدها بربرية أو خراسانيـة فلا رد له؛ لأنه وجد أحسن مما اشترط، إلا أن يدعي وجها؛ مثل أن يكون شراء البربريات لما يخاف من أصولهن وسرقتهن كما قال في «الكتاب» فيكون له الرد فيقبل قوله.

ومعنى قـوله في «الكتاب»: « وسرقتـهن » أنهن يسرقن لا يـسرقن من مال ساداتك، فـإن اشترط جنسا فوجد جـنسا غيره مما يوافقـه في العلاوة؛ مثل أن يشتريها على أنها بربرية فوجدها خراسانية فقد قال في «المدونة»: له أن يردها.

وكذلك إن اشـتراها على أنهـا خراسانية فوجـدها بربرية فلـه أن يردها أيضًا؛ لأن ذلك مما تختلف فيه الأغراض، وهو قوله في «المدونة».

فإن اشتراها عـلى أنها مسلمة فوجـدها نصرانية، أو اشتراهـا على غير شرط كان له الرد.

وإن اشتراها على أنها نصرانية فوجدها مسلمة فهل يمكن من الرد أم لا؟
على قولي:

أحدهما: أنه لا يمكن من الرد، والإسلام ليس بعيب.

والثاني: أن له الرد بحجة أن يقول: إنما أردت تزويجها لعبدي النصراني أو ما أشبه ذلك مما يشبه إن ادعاه .

وقد وقع في «الكتاب» سؤال طاشت فيه الأحلام وحارت فيه الأوهام؛ وهو قوله في الذي اشترى جارية فأراد أن يتخذها أم ولد فإذا نسبها من العرب، فأراد أن يردها بذلك خوفا أن تلد منه فتعتق فيجر العرب ولاءها دون ولده، فقال مالك: إن ذلك ليس بعيب يرد به، وليس المراد أن المشتري شرط هذا الشرط ولو اشترطه لفسد العقد، ولكن معناه أنه نواه وأضمره في قلبه من غير أن يصرح به فاختلف في تأويل قوله في ذلك.

وجواب مالك ﷺ هل ورد على تصحيح قول المشتري وتقريره أو ورد على تكذيبه وردا لما يدعيه السائل؟

على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك منه تصحيح للدعوى أو تقريره وأنها إن عتقت كان ولاؤها للعرب لا لولد السيد، وهو تأويل سحنون، ويحيى بن عمر، وغيرهما؛ لأن مالكا لم ينكر قول السائل، وإنما قال له بعد تسليم علته: لا أرى هذا عيبا ولو أنه لم ير علته صحيحة وأن ولاءها لمعتقها لا للعرب قال: لا أرى لك ردها ولا أرى ذلك عيبا. وإنما كان يقول: لا أرى لك ردها، ولا حجة فيما اعتللت به ؛ إذ ولاؤها لأولادك وعصبتك.

وذكر سحنون أن أصحاب مالك مجمعون أن الولاء إنما يكون للمعتق

فيمن أعتق من العجم، فأما رقيق العرب فلا ولاء فيهم لمعتقهم.

والثاني: أن جواب مالك ـ رحمه الله ـ ورد على تكذيب السائل وتقريعه وردا لما يدعيه ، وأن الولاء لمن أعتق على كل حال كان المعتق من العجم أو من العرب .

والثالث: أن معنى قوله: « جر العرب ولاءها » أي : نسبها، ومعناه أن نسبها يستفيض ويستطير؛ يقال: فلانة بنت فلانة حتى يساء مولاها إذ المولى الأسفل إنما يعرف ويشتهر بسيده، وبه تكتب شهادته في الوثائق ويقول: فلان من فلان مولى فلان، ورأى مالك أن ذلك ليس بعيب وأنه ليس بمنفعة مقصودة في العتق على كل حال؛ لأن ذلك أمر قد يكون وقد لا يكون؛ إذ قد تموت الجارية الآن فلا يبقى لها الولاء يرغب فيه، وقد يموت ولدها وينقطع نسبه، وقد لا يولد له ولد أصلا، وهو تأويل ابن حبيب، وأشهب، والقاضي.

فيتحصل في ولاء العرب إذا عتقوا قولان قائمان من «المدونة»:

أحدهما: أن ولاءها للعرب لا للمعتق، وهو مشهور المذهب على ما حكاه سحنون، وهو ظاهر قوله في «كتاب العيوب»، وقد قال يحيى بن عمر في «السليمانية» في قريش تزوج أمة رجل من العجم فأولدها وأعتق الرجل ولدها إنهم يرجعون إلى أنساب [ق/ ٧٣ / ٢أ] قريش حتى كأنهم لم يمسهم رق قط، وكذلك جميع العرب؛ لأن أنسابها معروفة يتوارث بها.

والثاني: أن ولاءها للمعتق دون قومها كالعجم، وهو قول أشهب، وادعى بعضهم في ذلك إجماع المذهب على عكس ما ذكره سحنون، وهذا القول قائم من «كتاب الجهاد» من «المدونة» حيث قال في العرب: إذا سبوا فإنهم بمنزلة الأعاجم مجملا، ولم يفصل، وهذا الخلاف ينبني على

اختلافهم في تأويل قول مالك ﷺ.

ولا خلاف أن النسب الداني مقدم على الولاء بكل حال في العرب والعجم [والحمد لله وحده][(١)].

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة السادسة

إذا اشترى سلعة ثم باعها فادعى بعد البيع أنها بها[عيب][١]

فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يبيعها من [بائعها][٢].

والثاني: أن يبيعها من غير [بائعها][٣].

فإن باعها من [بائعها] [٤] فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن يبيعها بمثل الثمن، أو بأقل، أو بأكثر.

فإن باعها بمثل الثمن ثم وجد بها عيبًا كان عند البائع الأول فلا مراجعة بينهما قولا واحدًا ، سواء علم بالعيب أو لم يعلم.

فإن باعها بأكـثر من الثمن الأول فلا يخلو المشتـري الآخر من أن يعلم بالعيب أو لا يعلم .

فإن علم بالعيب لم يكن له الرجوع على المشتري الأول بشيء.

فإن لم يعلـم كان له أن يرده على الذي اشتراه مـنه آخرًا إلا أن يرضى المشتري الأول أن يرد عليـه الفضل الذي بين الثمنين فيلـزمه البيع؛ لأن مآل أمرهما في المراجعة إلى ذلك.

---

(١) في أ: عيبا.

(٢) في أ: بائعه.

(٣) في أ: بائعه.

(٤) في أ: بائعه.

فإن باعها بأقل من الثمن فلا يخلو المشتري الأول من أن يعلم بالعيب أو لا يعلم.

فإن علم بالعيب وحده فلا قيام له على البائع الأول لتمام الثمن؛ لأن ذلك منه رضًا بإسقاط حق العيب، ومن تصرف في المبيع بعد العلم بالعيب فلا قيام له بعد ذلك، فإن لم يعلم بالعيب فهل له الرجوع على البائع الأول بتمام الثمن أم لا؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن له الرجوع عليه بتمام الثمن؛ لأنه يقول: كان لي أن أرده عليك وهذا هو في يدك، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب».

والثاني: أنه لا يرجع عليه بشيء، وهو ظاهر قول ابن القاسم في مسألة الخلع في التي اختلعت من زوجها، ثم علمت أن به عيبا يوجب لها الخيار حيث قال: ليس لها أن ترجع على الزوج بشيء من الخلع، فعلى هذا لا يكون للمشتري أن يرجع علي البائع منه بشيء؛ لأن السلعة في يد البائع الأول بعقد ثان، وهذا الاستقراء لبعض المتأخرين.

وأما الوجه الثاني: إذا باعها من غير [بائعها][1] فلا يخلو من أربعة أوجه:

أحدها : أن يعلم بالعيب قبل أن يبيعها.

والثاني: أن يعلم به بعد أن باعها.

والثالث: أن يبيعها وهو عالم بالعيب وبين إلا أنه يظن أنه قد حدث عنده.

---

(١) في أ: بائعه.

والرابع: ألا يعلم بالعيب إلا بعد أن اشتراها مرة ثانية.

فإن علم بالعيب قبل أن يبيعها فلا خلاف أنه لا حجة على البائع الأول ولا رجوع.

فإن علم به بعد البيع فلا يخلو المبيع من أن يكون قائمًا بيد المشتري الثاني، أو فائتا.

فإن كان قائمًا فهل للمشتري الأول الرجوع على البائع الأول بقيمة العيب أم لا؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يرجع عليه بشيء، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب» لأنه في بيعه على أحد وجهين: إما أن يبيع بمثل الثمن فقد عاد إليه ثمنه، وإما أن يبيع بأقل، فإن النقض لم يكن لأجل العيب.

والثاني: التفصيل بين أن يبيع بمثل الثمن فأكثر فلا يرجع بشيء وبين أن يبيع بأقل من الثمن فيكون له الرجوع على البائع الأول بالأقل من قيمة العيب أو ما نقص من الثمن، وهو قول أشهب.

والثالث: أن له الرجوع بقيمة العيب على حال كما لو هلك المبيع.

فإن باع بمثل الثمن أو أكثر؛ لأن ذلك يكون لزيادة المبيع في نفسه أو لغلاء سوق أو لمعاملة كانت في وقت الشراء، وهو قول مالك في «مختصر ابن عبد الحكم».

وسبب الخلاف: الطوارئ هل تراعى أم لا تراعى؛ فمن اعتبرها قال: لا يرجع على البائع بشيء؛ لاحتمال أن يعود إليه يوما فيمكن من الرد على البائع الأول.

ومن لم يعتبرها قال: يرجع عليه بقيمة العيب في الحال من غير اعتبار بما باع به إن كانت أقل من الثمن الذي به اشترى أو أكثر.

والقول باعتبار الأقل توسط بين القولين.

فإن فات المبيع بيد المشتري الثاني فواتا لا يمكن الرجوع معه إلى يد المشتري الأول فإنه يرجع على البائع الأول بقيمة العيب.

فإن علم بالعيب حين باع وبين وظن أنه حدث عنده، أو باعها وكيله وهو عالم بالعيب وبين وظن أن عند الأمر حدث فإنه يرجع على البائع بالأقل من قيمة العيب أو إتمام الثمن قولا واحدًا .

فقول ابن القاسم الذي يقول : إذا علم بالعيب بعد البيع أنه لا يرجع على البائع بشيء.

فإذا اشتراه يوما هل له أن يرده على البائع الأول أم لا؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما : أن الرد عليه، وأن شراءه بعد العلم بالعيب لا يمنعه من الرد؛ لأنه يقول: [أنا] [1] اشتريته لأرده ، وهذا ظاهر قول ابن القاسم وأشهب في «الكتاب»، وعليه أكثر المحققين حمل قوله في «الكتاب»: إذا اشترى عبداً فباعه ثم ادعى عيبًا لم يكن له أن يخاصم بائعه ، لكن إن رجع إليه يومًا ما بشراء أو غيره كان له أن يرده على بائعه ، وهذا يكاد أن يكون نصًا.

والثاني: أنه لا يمكن من الرد من البائع الأول إذا اشتراه بعد العلم، وهو تأويل بعض الشيوخ على «المدونة»، وهو تأويل ضعيف نقله القاضي

(١) في أ: إذا.

أبو الفضل.

وأما إذا لم يعلم بالعيب حتى اشتراه مرة ثانية أو ورثه أو تصدق به عليه؛ فإن عاد إليه بالشراء كان له الخيار إن شاء رده على الأول أو على الآخر، فإن رده على البائع الأول كان ذلك له ثم لا رجوع له على البائع الآخر بقيمة العيب لأخذه الأول بالعهدة، ثم ينظر إلى الثمن الذي باعه به منك الآخر فإن كان مثل الثمن الذي ابتاعه منك أولا فلا يرجع عليك بشيء، وإن كان أقل رجع إليك بتمام الثمن لا بأقل؛ لأنه له رده عليك ويأخذ جميع الثمن، وها هو ذا في يده، ولا خلاف في هذا الوجه.

فإن رده على الآخر كان هو بالخيار أيضا بين الرضا به أو رده على الأوسط؛ لأن عهدته عليه، فإن رده عليه كان له هو أن يرده على الأول إن شاء.

فإن لم يرده الآخر على الأوسط ورضى بعيبه فهل للأوسط الرجوع على الأول بقيمة العيب أم لا؟

فالمذهب على قولين منصوصين في «الكتاب»:

أحدهما: أنه لا رجوع على الأول بشيء كان [ما][1] باعه به أقل مما اشتراه به أو أكثر.

والثاني: التفصيل بين أن يكون ما باعه به المتوسط من الراضي بالعيب أقل مما ابتاعه من الأول فيكون له الرجوع على البائع الأول بالأقل من تمام الثمن أو من قيمة العيب، وبين أن يكون ما باعه به مثل الثمن أو أكثر فلا يكون له عليه الرجوع بشيء.

---

(١) في أ: مما.

والقولان حكاهما سحنون في «المدونة».

ولو وهبه لك المتباع أو تصدق به عليك لرجع عليه بقيمة العيب من الثمن الذي بعته به منه، ثم لك رده على بائعك الأول وأخذ جميع الثمن منه ولا كلام له في ذلك.

ولو ورثته من مبتاعه منك كان له رده على البائع الأول وأخذه بجميع الثمن؛ لأن ما وجب للميت عليك قد ورثته منه.

فهذا تحصيل هذه المسألة وتنزيل فصولها وتلخيص وجوهها، فإذا فهمتها وأحطت العلم يتبين لك أن أشهب موافق لابن القاسم في المسألة، وأن كلامه تفسير لقول ابن القاسم، وأن كل واحد منهما تكلم على ما لم يتكلم عليه الآخر. والحمد لله وحده.

المسألة السابعة
في الرجلين إذا اشتريا سلعة
ثم ظهرا على عيب وقد تبايعاها

فلا يخلو اطلاعهما على العيب من وجهين: إما أن يكون ذلك قبل أن يتبايعاها، وإما أن يكون ذلك بعد أن تبايعاها.

فإن كان ذلك قبل أن يتبايعاها، فإن اتفقا في الرضا بالعيب أو الرد فلا كلام، فإن اختلفا [فدعى][1] أحدهما إلى الرد وأراد الآخر الإمساك فالمذهب على قولين منصوصين في «المدونة».

أحدهما: أن من شاء منهما أن يرد أو يحبس كان ذلك له، ولا حجة في ذلك للبائع، وهذا قول ابن القاسم في «كتاب الخيار» و«كتاب التدليس بالعيوب»، وقال مالك : وما أرى أن يكون للبائع مقال.

والثاني: أن من أراد الرد لا يمكن وحده حتى يردا جميعًا أو يحبسا جميعًا، وهو قول أشهب في كتاب «بيع الخيار».

وقول ابن القاسم أصح، ووجهه أن البائع على ذلك وبذمتين رضى؛ إذ لا يتبع كل واحد منهما عند الفلس إلا بما في ذمته.

ووجه قول أشهب اعتبار حق البائع في تبعيض صفقته وعليه في ذلك ضرر بين.

فإن كان ذلك بعد أن تبايعاها فيما بينهما ثم علما بالعيب: أما الذي باع

---

(١) في أ: فادعى.

حصته من شريكه [ق/ ٧٤ / ٢أ] فإنه يتخرج على الثلاثة أقوال التي قدمناها:

أحدهما: أنه لا يرجع على الأول بشيء، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب».

والثاني: أنه يرجع بتمام الثمن إن باع بأقل مما اشترى به، وهو قول أشهب.

والثالث: أنه يرجع بقيمة العيب ـ باع بأقل أو بأكثر ـ وهو قول ابن عبد الحكم، وروايته عن مالك.

وأما الذي اشترى حصة شريكه فعلى القول بأن شريكه الذي باع نصفه يرجع على البائع الأول إما بتمام الثمن على قول، وإما بقيمة العيب على قول، ففيه قولان قائمان من «المدونة»:

أحدهما: أن له أن يرد نصفه على بائعه الأول دون النصف الذي اشترى من شريكه، ويكون نصف المبيع في يديه ونصفه في يد البائع الأول، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أنه لا يمكن من الرد إلا برضا البائع الأول لحجته في تبعيض صفقته، وهو قول أشهب في «كتاب بيع الخيار» من «المدونة».

وعلى القول بأن الذي باع حصته لا يرجع على البائع الأول بشيء فإنه يتخرج على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة».

أحدها: أنه لا يرد على البائع الأول إلا بتهمته خاصة، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنه لا يرد عليه ولا يرجع إلا بنصف العيب خاصة، وهو قول

أشهب.

والـثالـث:أن له أن يرد جميـع المعيب على البائـع الأول؛ لأن له عليه العـهدة في النـصف الذي اشـترى وهو في الـنصف الـثاني غريم غـريمه، وعهدتهما جميعاً عليه، وهـذا القول قائم من «المدونة» من «كتاب المديان»، و«كتاب الشفعـة» وغيرهما من كتب «المدونة»، وهو قول ابـن كنانة وأصبغ في «كتاب محمد».

فعلى القول بـأنه لا يرد على البائع الأول إلا قدر حصتـه فإنه يرد على شريكـه النصف الذي اشـترى منه ثم يـرد هو على بائـعه الأول إن شاء . [والحمد لله وحده][1].

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثامنة

في الثلاث عيوب

وهو أن يشتري سلعة وبها عيب ظاهـر علم به المشتري، ثم اطلع على عيب آخر قد دلس به البائع وقد حدث عنده عيب آخر، فلا يخلو هذا البيع من أن يكون صحيـحاً أو فاسداً، فإن كان صحيحًا فلا يـخلو من أن يكون بيع بتل، أو بيع على خيار.

فإن كان بيع بتل فلا يخلو من أن يريد الإمساك أو يريد الرد.

فإن أراد الإمساك فإن المبـيع يقوم قيمتين: يقوم بالـعيب الذي رضى به المشتري فيقال: ما يساوي؟ فإن قيـل: قال ما يساوي وبه العيب الذي دلس به البائع فيقال: ثـمانين فقد نقص في المبيع الخمس، فيـرجع المشتري على البائع بخمس الـثمن ـ كان الثمن ديناراً أو مائة ـ كأنـه اشترى خمسة أجزاء وقبض أربعة، فصار الـبائع قد قبض جزءا من الثمن لم يـدفع عنه عوضًا، ولا إشكال في هذا الوجه.

فإن اختار الرد هل يقـوم المبيع قيمتين أو ثلاثة أو لا يلتـفت إلى القيمة جملة ، فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحـدهـا:أنه يقوم ثلاث قيم، يقال: ما يـساوي بالعيب الذي رضي به المشتري؟ فإن قيل :مـائة قيل: ما يساوي بعيب التدليـس؟ فيقال: ثمانين، فيقال: ما يساوي بالعيب الذي حدث عند المشتري؟ فإن قيل: ستين فإنه يرد مع المبيع خمس الثمن، وسماه في «الكتاب» ربعا، والأمر في ذلك واحد؛ سمى خمسًا بالنسبة إلى جميع الثمـن أو سمى ربعا بالنسبة إلى ما يبقى من

الثمن بعـد نقص عيب التدليـس، وهذا هو ظاهر «المدونة» في «كـتاب بيع الخيار» و«كتاب العـيوب»، وهو الذي نص عليه في «كتـاب محمد»، وقاله فضل بن سلمة وغير واحد، وهو الصواب.

والـثانـي: أنه يقوم قيمتين: قيمتهـا أولا بالعيب القديم وأخرى بالعيب الحادث عنـد المشتري، وإلي هـذا ذهب أبو سعيـد ابن أخي هشام، وفـيما ذهب إليه ظلم علـى المشتري؛ لأنه على المذهب يرد أكثر ممـا يرد عليه من قيمة العيب الذي حدث عنده.

والثـالث: أنه لا يلتفت إلى القيم أصلا، وإنما يـلتفت إلى قيمة العيب الحادث عنده وما نقص بالغا ما بلغ، وهو قول أحمد بن المعدل، وهذا بعيد جداً وخـارج عن أصولهـم، وقوله في «كـتاب بيع الخـيار»: لا ينظـر إلى العـيب الحادث في أيـام الخيار في شـيء من ذلك، وهو قـد نظر إليـه في التقويم، ومعناه أنه لا ينظر إليه في حطه عن المشتري، لأنه قد رضى به.

فإن كان البيع وقع على خيار فالحكم فـي التقويم فيه على ما قدمناه في بيع البتل من الخلاف في اعتبار القيمتين أو الثلاثة أو لا تقويم أصلا.

واختلف في الـقيمة متى تعتبـر في بيع الخيار؟ على قولـين قائمين من «المدونة»:

أحدهـما: أن القيمة فيه يوم العقد، وهو قوله في «الكتاب» يقال : ما قيمة هذه وهي عوراء يوم وقعت الصفقة بغير عيب التدليس.

وقال في «كتاب البيع»، وإنما تقوم السلع يوم وقع البيع فيها فأطلق.

وممن قال بهذا القول وحمل ما في «الكتاب» على ظاهره أبو القاسم بن شبلون، وأبو الفضل بن مياس، وغيرهم من شيوخ القرويين.

والثـاني: أن القيمة في ذلك تخرج من الاستبراء إن كانت أمة، أو يوم

يخرج من أيام الخيار، وهو قول أبي القاسم بن محرز، وجمهور المتأخرين، وتأولوا قوله في «الكتاب»: « يوم وقعت الصفقة » على القبض، ويدل على تأويلهم قوله في «كتاب بيع الخيار»: وإن أراد الرد نظر إلى العيب الذي حدث عنده كم ينقص منها يوم قبضها فيرد معها.

وقال الشيخ أبو القاسم بن محرز: وهذا الخلاف ينبني على اختلافهم في الضمان فيما بيع على خيار هل هو من البائع أو من المشتري؛ فمن رأى أن الضمان من البائع حتى يقبضها المشتري وتمضي أيام الخيار قال: الضمان يوم القبض، ومن رأى أن الضمان من المشتري قال: تقوم يوم البيع.

ويمكن أن يكون للخلاف سبب آخر وهو بيع الخيار هل هو منعقد من حينه ووقته أو هو منعقد من مبدئه ومنشئه، والخلاف في ذلك في المذهب معلوم وموضع استقرائه من «المدونة» مرسوم.

فإن كان البيع فاسدًا وكان بها عيب في حين العقد فرضي به المشتري، ثم ظهر فيه عيب آخر بعد القبض وفات البيع فإنه يقوم قيمة واحدة، وإن اختار الرد قومت قيمتان.

فإن اختار التماسك هل يقوم معيبًا أو سالمًا ؟ فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه يقوم عليه معيباً؛ لأن ذمته عمرت بالعيب فلا يغرم فوق ما قبض، وهو قول سحنون، وابن عبدوس.

والثاني: أنه يقوم سالما؛ لأنه قد ملك الرد، وهو قول ابن المواز.

وسبب الخلاف: من خير بين شيئين هل يعد مختارًا لما ترك أم لا؛ وذلك أن المشتري قد ملك الرد فإذا اختار التماسك فكأنه رضي بدفع قيمته سالما، وهذا ضعيف، وقول سحنون أصوب. [والحمد لله وحده][1].

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة التاسعة

في المكاتب إذا عجز

هل هو منزوع المال بنفس العجز، أو هو محجور عليه بالعجز أم لا ؟

وقد اختلف المذهب في المكاتب هل هو منزوع المال بنفس العجز أم لا؟ على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: [أنه][1] لا يكون منزوع المال بنفس العجز، بل هو على ما هو عليه في الأصل حـتى ينتزع السيد ماله، وهو قولـه في «كتاب العيوب» في المكاتب إذا باع فوجد المشتري به عيبًا بعد أن عجز المكاتب حيث قال له أن يرد على العبد ويأخذ الثمن من ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال بيع عليه في الثمن.

ويؤخذ من هذه المسـألة أيضًا أن المكاتب له أن يعجـز نفسه وإن كان له مال ظاهر من قوله ويأخذ الثمن من ماله بعد العجز .

والثاني: أنه يكون منزوع المال بنفس العجز، وهو مذهب أشهب.

ويؤخذ من قول ابن القاسم في «كتاب المكاتب» إذا كاتب عبده ثم عجز الأعلى حيث قال للسيد الأعلى اقتـضاء الكتابة من الأسفل، ويؤخذ له من غير ما موضع من «المدونة»:

وأما كونه محجورا عليه بنفس الـعجز وهو قوله في «المدونة» في كتاب «العيوب» حيـث قال في المكاتب إذا اشترى فـعجز ثم وجد بالعبـد عيبًا إن لسـيده رده على الـبائع وإن رضـيه العـبد؛ لأن المكاتـب حين عجـز صار

---

(١) سقط من أ.

محجوراً عليه.

والثاني: أنه لا يكون محجورا عليه إلا بالحكم أو بالإشهاد، وهو قول ابن القاسم في المأذون له في التجارة في آخر «كتاب المأذون» والمكاتب مثله.

والقول الثالث: أن النظر إلى ما كان عليه المكاتب قبل أن يكاتب؛ فإن كان مأذونًا رجع إلى أصل الإذن، وإن كان محجوراً رجع إلى أصل الحجر، وهو تأويل أكثر المتأخرين على «المدونة». [والحمد لله وحده] (١).

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة العاشرة
إذا اشترى داراً فوجد بها صدعاً

اعلم أن العيوب تنقسم إلى عيب فاحش مفسد وإلى عيب خفيف غير مفسد.

فأما عيب مفسد فإنه يرد به كل مبيع كيف ما كان.

وأما عيب ليس بمفسد فلا يخلو من أن يكون عيبًا لا ينقص من الثمن، أو يكون عيبًا ينقص منه.

فإن كان عيبًا لا ينقص من الثمن جملة فلا خلاف أعلمه في المذهب أنه لا يرد به .

وأما عيب ينقص من الثمن [ق/ ٧٥ / ٢أ] فلا يخلو من أن يكون ما ينقص من الثمن يسيراً ، أو كثيراً .

فإن كان ما ينقص من الثمن كثيرا فله الرد أيضا بلا إشكال.

وإن كان ما ينقص من الثمن يسيرا فلا يخلو المبيع من أن يكون ثيابًا أو غيرها من الرياع والحيوان.

فإن كان ثياباً فإنها ترد بما خف من العيوب، فإذا وجد فيها حرق أو قطع أو ثقب فذلك عيب ترد به وإن قل، وإلا أن يكون ثوبًا يقطع، ومثل ذلك يخرج في التفصيل ؛ فلا يكون ذلك عيبا فيها ، وهذا نص قول مالك في «الواضحة».

وأما الرياع وسائر الحيوان الناطق منه والصامت فقد اختلف المذهب فيه على أربعة أقوال:

أحدهما: أن ذلك ليس بعيب في جميع ذلك جملة بلا تفصيل، وهي رواية [ابن][1] زياد عن مالك في «كتاب الاستيعاب لأقوال مالك»، وهذا القول قائم من «المدونة» من «كتاب العيوب» من مسألة الكي الذي لا ينقص من الثمن حيث قال: لا يرد به وإن كان عند النخاسين عيب ، ومعنى قوله : «لا ينقص من الثمن » أي : لا ينقص منه كثيراً .

ويؤخذ أيضًا من مسألة الدار إذا وجد فيها صدعًا.

ومثل هذا في «المختصر الكبير» ، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو جعفر بن رزق القرطبي.

والثاني: أن ذلك عيب في الرياع وغيرها من سائر الحيوان، وأنها ترد من قليلها وكثيرها، حكاه القاضي أبو الوليد الباجي عن بعض الأندلسيين تأويلا على «المدونة» إذا كان الصدع في حائط من الدار وخيف عليه الهدم من أجله، والحائط من الدار في حيز اليسير، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو محمد عبد الحق، وابن سهل، وغيرهما.

والقول الثالث: التفصيل بين الرياع وغيرها؛ فيرد بالعيب الخفيف الذي ينقص من الثمن قليلا في الحيوان والرقيق دون الرياع، وهو تأويل بعضهم على «المدونة» من قوله: وإن كان صدعًا لا يخاف منه من الدار فلا أرى أن يرد به؛ لأنه قد يكون في الحائط الصدع فيمكث في الحائط ذلك الصدع زمانًا؛ فلا أرى هذا عيبًا .

فظاهر هذا أن المعتبر بالخوف على انهدام الدار خاصة دون نقصان الثمن.

---

(١) سقط من أ.

والقول الرابع: التفصيل بين أن يكون الصدع في الدار، مثل ما لو استحق لوجب له الرد، وفيما لا يجب له الرد فيه.

فإن كان الصدع فيما لو استحق من الدار لوجب للمشتري الرد كان له أن يرد الدار على بائعها.

وإن كان مما لو استحق لم يمكن من الرد فلا يكون له الرد بذلك العيب أيضا، وهو تأويل أبي الحسن اللخمي.

وعلى القول بأنه لا يرد بالعيب الخفيف هل يرجع بقيمة العيب أم لا؟

على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أنه يرجع عليه بما ينوب العيب من الثمن وهو قوله في «كتاب القسمة» من «المدونة» إذا وجد أحدهما في نصيبه عيبًا يسيرًا حيث قال: يرجع بقيمة العيب على صاحبه إذا كان خفيفًا، وهو قول ابن المواز في كتابه.

والثاني: أنه لا يرجع عليه بشيء فكما لا يمكن من رد العيب بعينه فكذلك لا يرجع بقيمته، وهو ظاهر قوله في «كتاب العيوب» في مسألة الكي والصدع.

واختلف في حد اليسير الذي وقع الخلاف في الرد به في الرياع والحيوان على خمسة أقوال:

أحدها: أن الثلث كثير ودون الثلث يسير، وهو قول المخزومي، وبه قال أبو بكر بن عبد الرحمن القروي.

والثاني: أن الربع كثير، وهو قول ابن عتاب، ومثله عن المخزومي أيضا حيث قال: ما نقص من القيمة الثلث فصاعدًا أو أقل من الثلث بيسير

هو من العيوب المفسدة.

والثالث: لا حد في ذلك إلا بوجود الضرر فمهما تعيب ما على المشتري فيه ضرر كان له الرد، وهو تأويل بعضهم على «المدونة».

والرابع: أن مثقالين في قيمة العيب قليل، وعشرة دنانير كثيرة، وهو تأويل أبي عمران وابن القطان، ولم يبين مقدار الثمن الذي يكون منه المثقالان قليلاً أو كثيرًا.

الخامس: أن العشرة من المائة كثيرة، وهذا تأويل أبي الوليد بن رشد.

والمسألة اجتهادية. [والحمد لله وحده] (١) .

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الحادية عشرة

في الذي اشترى جارية فزوجها فولت ثم وجد بها عيباً

هل يكون التزويج فواتاً يوجب للمشتري الرجوع على البائع بقيمة العيب أم لا؟

على قولين:

أحدهما: أن ذلك فوت يوجب للمشتري الرجوع على البائع بقيمة العيب؛ لأن النكاح يبطل الغرض المقصود منها إن كانت أمه من جواري الوطء، وإن كانت من الوخش والزوج يأوي إلى البائع لكون زوجته عنده أو تتردد هي إليه، وإن شرط الزوج التسري معها كالحرة كان ذلك أبين؛ لأنها تصير منقطعة إليه، وإلى هذا ذهب محمد بن مسلمة من أصحاب مالك.

والثاني: أن ذلك ليس بفوت وأن الخيار في ذلك للمبتاع بين أن يردها وما نقص عيب النكاح أو يمسكها ويرجع بقيمة العيب ولا يفسخ النكاح.

وعلى القول بأنه يمكن من الرد إن شاء فلا يخلو من أربعة أوجه: إما أن يموتا جميعا ـ الولد والأم ـ وإما أن يعيشا جميعًا، وإما أن يموت الولد دون الأم، أو تموت الأم دون الولد.

فأما الوجه الأول: إذا ماتا جميعاً فإن المشتري يرجع على البائع بقيمة العيب، ولا خلاف في هذا الوجه.

وأما الوجه الثاني: إذا عاشا جميعًا فهل يرد ما نقص عيب النكاح أو يجبر النقص بالولد أو بزيادة البدن؟

المذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أن النماء يجبر به النقص، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» في «كتاب العيوب» في الولد، وهو قول مالك في «مختصر ما ليس في المختصر» في نماء البدن.

والثاني: أن النماء لا يجبر به النقص لا في زيادة البدن، وهو قول أشهب في «المدونة» في «كتاب العيوب».

والثالث: التفصيل بين الولد ونماء البدن، فالولد يجبر به النقص ولا يجبر بنماء البدن، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب الوديعة» من «المدونة».

فعلى القول بأن النقص يجبر بالزيادة فإنه ينظر إلى قيمة الولد أو زيادة البدن فإن كانت كفافًا بقيمة العيب فإنه يرد ولا شيء عليه أو يمسك ويرجع بقيمة العيب.

وإن لم يكن فيه كفاف العيب أتم الباقي .

وإن كان فيه فضل كان للبائع .

وسبب الخلاف: اختلافهم في الولد هل هو علة أو ليس بعلة، والقولان قائمان من «المدونة» من «كتاب الوصايا» وغيرها على ما سنبينه عليه في موضعه إن شاء الله.

وأما الوجه الثالث: إذا مات الولد دون الأم فلا يخلو من أن يموت حتف أنفه، أو يموت مقتولا.

فإن مات حتف أنفه لم يضمنه المشتري وكأنه لم يكن، والمشتري بالخيار بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب أو يردها بما نقص النكاح.

وإن كان مقتولا فلا يخلو من أن يأخذ له عوضا أم لا .

فإن لم يأخذ له قيمة فإنه بمنزلة ما لو مات حتف أنفه.

فإن أخذ له عوضا هل تقوم قيمته مقام عينه أم لا؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه يرد الأم وما أخذ من قيمة الولد أو عوضه إن باعه، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أن ذلك فوت يمنع الرد كالصغير يكبر، وأنه يرجع بالعيب على كل حال، وهو اختيار اللخمي، وهو ظاهر «الكتاب» في المفلس يبيع الولد الحادث عنده فلا شيء للبائع في ثمنه إذا أخذ ثمنه.

فعلى القول بأن قيمته تقوم مقام عينه فإنه تجري فيه الثلاثة الأقوال التي قدمناها.

وعلى القول بأن قيمته لا تقوم مقام عينه فإن العرض الذي أخذ في القيمة يكون له ويخير بين الرد مع ما نقص النكاح، أو الإمساك ويرجع بقيمة العيب.

وأما الوجه الرابع: إذا ماتت الأم دون الولد فلا يخلو من أن تموت حتف أنفها، أو تموت مقتولة.

فإن ماتت حتف أنفها فهل يقوم الولد مقام الأم أم لا؟

المذهب على قولين منصوصين في «المدونة»:

أحدهما: أن الولد لا يقوم مقام أمه، وأن المشتري يرجع على البائع بحصة العيب من الثمن بعد أن تقوم الأم، وهو قول ابن القاسم في «كتاب العيوب»، ولا خيار في ذلك للبائع.

والثاني: أن الولد يقوم مقام الأم، وأن الخيار في ذلك للبائع بين أن

يأخذ الولد على أن يرد جميع الثمن فذلك له، أو يتماسك المبتاع بالولد من غير شيء فذلك له، وهو قول أشهب في «الكتاب»، وقوله في هذه المسألة مثل قول ابن القاسم في «كتاب الغصب» إذا هلكت الأم وبقيت الأولاد حيث قال: للمغصوب منه أخذ الأولاد، ولا شيء له من قيمة الأمهات.

فإن ماتت مقتولة فأخذها عوضًا فالمذهب على قولين منصوصين في «الكتاب».

أحدهما: أنها تقوم مع ولدها، وهو قول ابن القاسم على ما حكاه عنه ابن عبد الحكم في «المختصر الكبير».

والثاني: أنها تقوم يوم الصفقة بلا ولد، وهو مذهب أشهب على ما حكاه فضل بن سلمة وعليه اختصر أبو سعيد في «التهذيب» وغيره من المختصرين.

والقول الثاني من أصل المسألة: إذا أخذ لها عوضًا أن ينظر إلى ما وصل إليها بين عوض الأم فإن كان مثل الثمن الذي يرجع به على البائع فلا حجة له، وهو قول أشهب في «الكتاب».

وهذا الخلاف ينبني على الخلاف الذي قدمناه في الولد هل يقوم مقام الأم؟ وفي قيمة الشيء هل تقوم مقامه أم لا؟

المسألة الثانية عشرة

إذا اشترى سلعة وبها عيب لم يعلم المشتري به

فهلكت السلعة بسببه، أو جنى المبيع جناية بسبب ذلك البيع، مثل أن يشتري عبدًا فيأبق أو يسرق وما أشبه ذلك: فلا يخلو البائع من أن يكون مدلسا أو غير مدلس.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا كان مدلسا فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يعلم أن هلاكه من سبب ذلك العيب، أو لم يعلم.

فإن علم ذلك؛ مثل أن يسرق فتقطع يده فيما فيه القطع، أو دلس بالإباق فأبق فاقتحم نهرًا فغرق فيه، أو دخل في عار [ق/ ٧٦ / ٢أ] يستخفي فيه فنهشته حية، أو تردى من جبل فمات، أو عطب، أو دلس بمرض فمات من سببه، أو تحمل فماتت من النفاس، فهذا كله مما لا ضمان فيه على المشتري، والضمان فيه من البائع .

فإن مات المبيع من ذلك فإنه يرد الثمن على المشتري، وإن تعيب منه كان للمشتري الخيار إن شاء رده وإن شاء حبسه، ويرجع بقيمة العيب، ولا إشكال في هذا الوجه، فإن لم يثبت ذلك ولا علم أن سبب هلاكه من ذلك فلا يخلو من أن يعلم بالعيب قبل الهلاك أو لم يعلم به.

فإن علم به قبل أن يهلك المبيع فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يمضي [من][1] وقت علمه ما يرى أنه راض به.

---

(١) في أ: بين.

والثالث: أن يشكل الأمر.

فأما إذا مضى من [وقت][1] علمه ما يرى أنه راض بالعيب لتركه القيام به مع التمكن فلا قيام له بعد ذلك لا في الثمن ولا في قيمة العيب، ولا إشكال في ذلك.

فإن مضى من ذلك ما يعد رضًا ؛ مثل أن يبادر في الطلب ولم يفرط بعد علمه بالعيب أو لم يعلم عندما ضربها الطلق فطلب الرد فلم يصل إليه ولا إلى سلطان حتى ماتت وعلم ذلك منه ببينة فهي من البائع، ولا ضمان على المشتري، ولا يمين عليه للبائع، وهو قول أشهب في «المدونة»، وقوله تفسير للمذهب.

فإن مضى بعد علمه ما يشكل أمره هل هو راض أم لا كاليوم ونحوه فإنه يتخرج في المذهب [قولان] [2] :

أحدهما:أن الضمان فيه من المشتري؛ لأن تركه القيام بالرد مع الإمكان بعد العلم دليل على الرضا بالعيب.

والثاني: أن الضمان فيه من البائع، وعلى المشتري اليمين بالله تعالى أنه لم يكن ذلك منه رضا، وهو قوله في «الكتاب».

فإن لم يعلم بالعيب حتى هلك فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن الضمان فيه من البائع، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أنه من المشتري ويرجع بقيمة العيب خاصة، وهو قول أشهب

---

(١) في أ: يوم.

(٢) سقط من أ.

في «كتاب محمد» حيث قال: ومن يعلم أنها ماتت من النفاس أو من ذلك المرض.

والأول أظهر وأصوب.

وأا إن جنى جناية من سبب ذلك العيب؛ مثل أن يكون عبدًا فيسرق سرقة لا قطع فيها لكونها في غير حرز فلا تخلو سرقته من أن تكون من مال المشتري، أو من مال غيره.

فإن سرق من مال غيره كان للمشتري أن يرده ويأخذ جميع الثمن، أو يمسكه ويرجع بقيمة العيب.

فإن اختار رده كانت معاملة المسروق منه في تلك الجناية مع البائع يفتديه منه أو يسلمه بقيمة الشيء المسروق.

فإن اختار أن يحبسه كانت معاملة المسروق منه مع المشتري.

فإن كانت سرقته من المشتري فقد اختلف فيها على أربعة أقوال:

أحدها: أن ذلك في ذمته، وهو قول مالك ـ رحمه الله تعالى.

والثاني: أن ذلك في رقبته وهو قول سحنون.

والثالث: أن ذلك ساقط عنه؛ لا يكون ذلك في رقبته ولا في ذمته، وهو قول ابن حبيب.

والرابع: التفصيل بين أن يسرق من موضع أذن له فيه فيكون في ذمته، وبين أن يسرق من موضع محجور عليه فيكون في رقبته، وهو قول بعض المتأخرين.

وسبب الخلاف: هل يعتبر حال التدليس فيعد كأن العبد باق عند بائعه فتكون جنايته في رقبته، أو يعتبر بانتقال الملك بدليل كون الخيار في الرد

والرضا للمشتري فيسقط ذلك عن العبد لأنه غيره حتى يحكم.

والقول بأن ذلك في ذمته توسط بين القولين والقول بالتفصيل مراعاة الشبهة.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا كان البائع غير مدلس فلا يخلو العيب من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون عيبًا قديمًا فعلم [قدمه][١] عند البائع.

والثاني: أن يكون عيباً يعلم حدوثه عند المشتري فهذا لا حجة له على البائع في الرد.

وأما الوجه الثالث: أن يكون عيبًا مشكوكًا فيه يحتمل أن يكون قديمًا عند البائع ويحتمل أن يكون حادثًا عند المشتري.

فأما الوجه الأول: إذا كان قديمًا عند البائع بسببه يقوم عليه أو بإقرار منه فقد [تقدم][٢] الكلام عليه في أول الكتاب في القيام والفوات.

وأما الوجه الثاني: إذا علم حدوثه عند المشتري فهذا لا حجة له على البائع في الرد.

وأما الوجه الثالث: إذا كان عيباً مشكوكاً فيه مما يمكن أن يحدث مثله عند المشتري ويمكن أن يكون عند البائع، وكل واحد منهما تبرأ منه فلا يخلو من أربعة أوجه: إما أن يقوم له شاهد واحد على أن العيب قديم عند البائع، وله أن يدعي أن مخبراً أخبره بذلك ، وإما أن يدعي قدم الغيب بلا شاهد ولا لطخ.

---

(١) في أ: قدومه.

(٢) في أ: تم.

وإما أن يقول: لا أدري هل هو قديم أو حادث.

فإن شهد له شاهد واحد على قدم العيب عند البائع فإن المشتري يحلف مع شاهده، وهل يحلف على البت أو على العلم؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يحلف على البت، وهو قوله في «كتاب محمد».

والثاني: أنه يحلف على العلم، وهو ظاهر قول أشهب فيما إذا لم يكن له شاهد.

والثالث: التفصيل بين أن يدعي المشتري أن العيب قديم كما شهد به الشاهد فيحلف على البت، أو قال: لا علم لي سوى قول الشاهد ثم لا يحلف أصلا، وهو اختيار اللخمي، قال: وهو الصحيح من المذهب، والذي اختاره خلاف مذهب «المدونة»؛ لجواز اليمين مع الشاهد وإن لم يعلم المشهود له صحة ما أشهد له به، بل قال في «المدونة»: كما يحلف الصبي إذا بلغ مع شاهده إذا شهد له بحق كان لأبيه قبل أن يولد هو.

فإن نكل عن اليمين فهل يحلف البائع على العلم أو على البت؟ وهو قول ابن المواز.

والثالث: التفصيل بين العيب الظاهر أو الخفي؛ [**أما الأول**][1] فيحلف في الظاهر على البت، وفي الخفى على العلم، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «الكتاب».

والثاني: أنه لا يمين له وإن سمى المخبر وأحضره إذا كان المخبر نسى وطال الحال، وهو قول أشهب.

(١) زيادة ليست بالأصل.

فإن لم يكن له شاهد ولا لطخ إلا مجرد الدعوى فالمذهب في يمين البائع على قولين:

أحدهما: أنه يحلف جملة بلا تفصيل، وهو قول أشهب.

والثاني: أنه يحلف على البت في الظاهر وعلى العلم في الخفى، وهو قول ابن القاسم في المدونة.

فإن قال: لا أدري هل عندي حدث أو عند البائع؛ مثل أن يشتري عبداً فيأبق عنده أو يسرق بقرب ما اشتراه فطلب يمين البائع على أنه لم يكن به يوم بيعه عيب، أو قال: أخشى أنه لم يأبق بقرب البيع [أما][1] وقد أبق عندك فاحلف لي على ذلك فقد قال ابن القاسم في الكتاب: أنه لا يمين له عليه لا على العلم ولا على البت، ولزم من ذلك أن يحلفه كل يوم على ما شاء أنه لم يبعه وهو به عيب.

فلو قال العبد: كنت أبقت عند البائع أو قال: كنت سرقت عنده فإنه يتخرج على قولين:

أحدهما: أن البائع يحلف، وهو قول مالك على ما نقله اللخمى.

ويتخرج في المذهب قول ثان أنه لا يحلف، وهو ظاهر «المدونة»، وهو الأظهر في النظر، [والحمد لله وحده] [2].

---

(١) فى أ : ألا .

(٢) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثالثة عشرة
في الشيب في الرقيق، ومعرفة ما هو عيب مما ليس بعيب في الرقيق

قال ابن حبيب : سمعت أهل العلم يقولون: القَبَلُ والمَيْلُ والصَّوَرُ والزَّوَرُ والصَّدَرَ والفَزَرُ والعَسَرُ والحَبَطُ والعُجْرَةُ والبُجْرَةُ والسَلْعَةُ والظَفْرَةُ كل ذلك عيب في الأمة وفي العبد رفيعين أو وضيعين إلا أعسر يسير يعمل بيديه جميعًا.

فالقبل في العينين أو في إحداهما أن تميل إحدى الحدقتين إلى الأخرى في نظرها، والميل في الخد أن يكون مائلا عن الآخر إلى جهة [الأذن][1] أو إلى اللحى.

والصور أن يميل العنق [على الجسد][2] إلى أحد الشقين والجسد معتدل.

والزور في المنكب أن يميل بكله إلى أحد الشقين.

والصدر أن يكون في وسط الصدر إشراف كالحربة.

والفزر في الظهر أو بين كتفيه أن يكون هناك إشراف كالحدبة، ويقال للأحدب أفزر، [والأعسر] [3] أن يبطش بيسراه دون يمناه، وأما أعسر يسير فليس بعيب إذا كانت اليمني في قوتها والبطش بها بحال من لا يعمل

---

(١) في أ: الأخرى.

(٢) في النوادر (٦ / ٢٥٠) نقلا عن الواضحة . وعن الصدر .

(٣) في أ: والعسر.

باليسرى، وإن نقصت عن ذلك لعمله باليسرى فهو عيب يرد به.

والحبط أثر الجرحة والقرحة بعد البرء، ويخالف لون الجسد؛ فهو عيب.

والعجرة: القعدة على ظهر الكف أو الذراع وفي سائر الجسد.

والبجرة: نفخ كالعجرة إلا أن البجرة لينة من نفخ ليس بزائد، والسلعة نفخ زائد ناتئ متفاحش أثره.

والظفر: لحم نابت في شفر العين.

وأما الشيب الكثير فعيب في الرائعة قولاً واحدًا وإن لم تبلغ سن الشيب، وفي قليله قولان:

أحدهما: أنه عيب ترد به، وهو ظاهر قول مالك في «المدونة»؛ لأنه أطلق ولم يفصل بين القليل والكثير.

والثاني: أنها لا ترد من قليل الشيب، وهو قول ابن المواز في الموازية.

وقليل الشيب ليس بعيب في الوخش قولا واحدا، وفي كثيره قولان:

أحدهما: أنها لا ترد من كثيره كما لا ترد من قليله، وهو قول ابن القاسم في «المدونة»، إلا أن ينقص من الثمن.

والثاني: أنها ترد من كثيره و[لا] [١] ترد من قليله، وهو قول أشهب في «كتاب محمد».

وأما صهوبة الشعر فلا يخلو من أن يوافق ذلك لونها أم لا.

فإن وافق ذلك لونها فليس بعيب.

وإن خالف لونها، وشعر مثلها يكون أسودًا هل هو عيب أم لا؟

---

(١) في أ: لم.

على ثلاثة أقوال:

أحـــدهـــا: أنه عـيب ترد به، وهـذا القول [ق/ ٧٧ / ٢أ] حـكاه اللخمي.

والثـاني: أنها لا ترد به، وأن ذلك ليس بـعيب، وإن قال المشتري: لم أكشف فـي حين الشراء ولا عـلمت أنهـا صهباء فـلا حجة له وهـو باد لا يخفى إلا أن يكون سواد، وهو قول مالك في «الواضحة».

والثـالث: أن الصهوبة عيب في الرائعة دون غيرها من خواش الرقيق، وهو تأويل بعض الشيوخ على «المدونة» على ما نقله القاضي أبو الفضل عن الفقيه أبي محمد عبد الرحمن بن محمد، وكذلك وقع في «الأسدية».

وأكثر الشيوخ علـى أن ابن القاسم إنما تكلم في «الكتـاب» على مسألة الشيب.

وأما التي جعد شـعرها أو اسود فإنه عيب في الرائعة، ويـنظر في غير الدار فإن كان ذلـك يزيد في ثمنهـا ردت وإن كان ذلك لا يزيد في ثـمنها فليس بعيب، [والحمد لله وحده] (١).

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الرابعة عشرة
في الفرق بين المدلس وغيره

اعلم أنهم قالوا: لا فرق بين المدلس وغير المدلس في الرد بالعيب في أن المشتري العاثر على العيب القديم يعاوض من العيب الحادث إذا اختار الرد، وفي البائع يعاوض عن البيع القديم إذا اختار المشتري الإمساك إلا في خمس مسائل.

ومرادهم بالمساواة فيما يرجع إلى الأحكام الدنيوية، وأما الغرامات الأخروية فبينهما ما بين ذرة العرش إلى قرار الفرش؛ إذ ذلك ظالم غشوم وهذا صالح عصوم ﴿أَمْ حَسِبَ الَّذِينَ اجْتَرَحُوا السَّيِّئَاتِ﴾ الآية [١].

إحداها: أن إحداث المشتري في المبيع حدثا ينقصه مما جرت به العادة بحدوثه فيه من غير انتفاع منه لا يمنع الرد، بل له أن يرد، ولا يغرم للنقصان شيئاً إذا كان البائع مدلسًا؛ كقطع الثياب وخياطتها وصبغها وقصارتها وقطع الجلود نعالاً وأخفافًا ، ولا خلاف في هذا الوجه.

فإن اختار الرد وكانت سلعته في تلك السلعة مما يزيد في ثمنها فإنه يكون شريكًا للبائع.

واختلف بماذا يكون شريكًا على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أنه يكون شريكًا بما زادت الصنعة يوم الرد لا يوم الشراء؛ فتقوم السلعة على هذا القول قيمتين .

والثاني: أنه يكون شريكا بقيمة الصنعة لأنها زادت.

(١) سورة الجاثية الآية (٢١).

فإن اختار التماسك هل يرجع على البائع بقيمة عيب التدليس؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن له الرجوع بقيمة العيب على البائع، وهو قوله في «المدونة».

والثاني: أنه يحبس، ولا شيء له من قيمة العيب ولا شيء له في «كتاب محمد».

والثانية: فوات المبيع بسبب العيب؛ كما الحامل من أجل الحمل، وقطع يدها من أجل السرقة، أو أبق عند المشتري وقد دلسه بالإباق فإن المشتري يرجع على البائع ويأخذ ثمنه إن كان مدلسًا [ويدفعه إيجابًا][1].

والثالثة: إذا اشترى البائع من المبتاع السلعة التي باعها وهي مبيعة بأكثر من الثمن الأول فلا مراجعة بينهما إن كان البائع مدلسًا، وإن لم يكن مدلسًا رجع عليه بما ناف على الثمن، ويصير ذلك ردًا.

والرابعة: أن السمسار يرد الجعل في غير المدلس؛ بناء على أن الرد بالعيب نقض بيع، وأما في المدلس فلا يرد الجعل.

الخامسة:مسألة البيع على البراءة قال: ينتفع به إذا حصلت على شروطها إن لم يكن مدلسا، فإن كان مدلسًا فلا ينتفع بها حتى يتبين. [والحمد لله وحده] [2].

---

(١) هكذا رسمها بالأصل، وربما تكون (ويذهب مجانا).

(٢) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الخامسة عشرة

في حكم الزوائد الثابتة في الأصول المشتريات عند طرءان ما يقدح في ملك مشتريها

وفي ذلك خمسة أسئلة: منها الرد، ومنها الرد بفساد البيع، ومنها طرءان الشفيع على المشتري، ومنها طرءان المستحق على المشتري، ومنها قيام الغرماء على المفلس. وقد أدرك البائع عين شيئه.

ولا شك ولا خفاء أن قوله عليه السلام: «**الخراج بالضمان**»[1] شامل في الجميع لحق العموم، إلا أن القدر الذي انتمت إليه هذه الزوائد تصير علة وخراجا فيه ترى العلماء يضطربون والفقهاء يصطدمون، ونحن نبين ذلك إن شاء الله تعالى.

فالجواب عن السؤال الأول والثاني: إذا اشترى الأصول ثم ردها بالعيب أو لفساد بيع فلا تخلو الأصول من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون معطلا من الثمار.

والثاني: أن يكون مشغولا بالمأبور..

والثالث: أن يكون مشغولا بالمزهي من الثمار.

فأما الوجه الأول: إذا عرى الأصل عن الثمار أو شغل بالمأبور لأنه عدم في نظر الشرع فإن الثمار مردودة برد الأصول ما دامت متعلقة بها ما لم تبلغ مبلغًا يحكم لها فيه بالانفصال.

---

(١) تقدم.

وهل للمشتري في الرد بالعيب الرجوع على بائعه بقيمة السقي أو العلاج أم لا؟

على قولين قائمين من «المدونة».

وينبني الخلاف على الخلاف في الرد بالعيب هل هو نقض بيع أو مبتدأ بيع.

واختلف في الحد الذي يحكم له بالانفصال على أربعة أقوال:

أحدها: أنه بالإبار، وتصير علة للمشتري، وهو قول أشهب في «كتاب العيوب»، وفي «كتاب الحبس»، وهو قول المدنيين في «كتاب الشفعة» من «المدونة».

والثاني: أنها بالإزهار تصير علة.

والثالث: أنها باليبس تصير علة بالجذاذ.

وأما على القول بالإبار فيتخرج على القول بأن الرد بالعيب بيع مبتدأ، أو على أنها بالإبار تكتسب وصفا من أوصاف الانفصال من كون مقتضى العقد على الأصل لا ينتظمها بل يفتقر إلى شرط يخصها، وذلك يؤذن بأن لها حظا في الاستغلال، وهذا المعنى ينظم الرد بالعيب والرد بفساد البيع.

وأما على القول بالازهار فينبني الخلاف على أنها تكتسب به وصفا من أوصاف الاستعمال والانفصال؛ لجواز قصدها بالعقد على نعت الحرية ولكونها لا تندرج في طي العقد الوارد على الأصل إلا بشرط يخصها؛ فصار لها حكم المحدودة فعلا.

وأما على القول باليبس فلاكتسابها به من الأوصاف ما يخرجها من حيز الضمنة والتبعية ويرفعها إلى درجة المحدودة فأعلى منها ما ذكرناه في فصل

الإزهار، ومنها ما عدم الاستمداد بالرطوبة من محل الأصل، ومنها سقوط قاعدة عهدة الجائحة، فقسمنا الجذاذ الحكمي على الجذاذ الحسي.

وأما على القول بالجذاذ فإنه منع في قياس المجذوذ فعلا، ويخرج على الجذ الحقيقي؛ لأنها قبل الجذ راجعة إلى حكم من أحكام الاتصال كامتناع بيعها بطلعهم حينئذ إلا بعد الجذاذ، فهذا حكم هذه الثمار مع القيام.

فإن كانت فائتة قبل الإزهار فلا يخلو فواتها من أن يكون بتلف أو بالإتلاف.

فإن كان بإتلاف فهو تفويت الأصل تثبت به القيمة في البيع الفاسد، ويثبت به الخيار للقائم بالعيب بعد أن يرد مع أرش النقص، أو يتمسك ويسترد أرش العيب.

فإن فاتت بتلف طاف عليها طائف من ربك في رؤوس النخل فليس بفوت يمنع الرد بالعيب، وله أن يرد، ولا شيء عليه؛ إذ لا سبب له هناك.

وأما الوجه الثاني: إذا كانت الأصول في حين البيع مشغولة بالمأبور من الثمار فإنه لا فرق بينه وبين الوجه الأول فإن إتلافها بعيب قبل الإزهار وفي أن تلفها حينئذ بآفة سماوية على الأصل لا يمنع الرد بالعيب، وله أن يرد بلا غرم.

واختلف في هذا الوجه يكون علة للمشتري إذا خذها أم لا على قولين:

أحدهما: أنه لا يكون علة، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنه يكون علة له، وهو قول أشهب في «كتاب العيوب».

وسبب الخلاف: اختلافهم في الثمرة بعد الإبار إذا بيعت مع الأصل

هل لها حصة من الثمن أم لا؟ وظاهر ما وقع في «كتاب الشفعة» أن لها حصة من الثمن، وعليه اختصر أبو سعيد البراذعي في «كتاب العيوب» على المعنى حيث قال: ولما لم تكن واجبة للمشتري إلا باشتراط صح أن لها صحة من الثمن بعد الإبار.

وعلى القول بأنها ليست بعلة للمشتري هل يردها مع الأصل في الرد بالعيب أو يمضي له بحصتها من الثمن؟ وإنما يتخرج على قولين من «المدونة»:

أحدهما: أن المشتري يردها إن كانت قائمة، أو مكيلها إن عرفت، أو القيمة إن جهلت، أو الثمن إن بيعت، وهو قول ابن القاسم في «كتاب العيوب» من «المدونة».

الثاني: أنه يرد الأصول خاصة وتمضي له الثمرة بما ينوبها من الثمن إذا طابت وإذا يبست وإذا جذت على اختلاف الأقوال في ذلك، وهو قوله في مسألة الشفعة والتفليس، وهو تأويل بعض المتأخرين ورأيا أن ذلك اختلاف قول، وأشار بعضهم إلى أن ذلك اختلاف سؤال، وقال: الفرق بينهما كون الرد بالعيب نقض بيع وفي إمضائها له بما ينوبها من الثمن إغرار بالعقد، وذلك ممنوع، وهذا مختلف في الشفعة؛ لأنها بيع مؤتنف.

وهذا القول غير مسلم إلا على أحد القولين في الشفعة والرد بالعيب؛ لأنهم اختلفوا في الرد بالعيب هل هو نقض بيع أو بيع مبتدأ، وفي الشفعة هل طريقها طريق البيع أو طريقها [ق/ ٧٨ / ٢أ] طريق الاستحقاق.

وأما الوجه الثالث: إذا كانت الأصول مشغولا بالمزهي من الثمار يوم العقد فلها فيه حكم السلعة المنفصلة وضمانها منه فاتت بتلف أو إتلاف، فإذا رد الأصل ردها معه وإن حدث ما كانت قائمة.

فإن فاتت رد المثل إن علم لأنه كالعين، فإن جهل هل تمضي له بحصتها من الثمن أم لا؟

فإنه يتخرج على قولين قائمين من «المدونة».

أحدهما: أنها تمضي بحصتها من الثمن.

والثاني: أنه يرد قيمتها مع الأصول.

وينبني الخلاف على الخلاف في مسألة الثوبين إذا تعيب الأعلى وفات الأدنى؛ فعلى القول بأنه يردها على المعيب مع قيمة الفائت الأدنى فيرد قيمة الثمرة هاهنا مع الأصول وهو مذهب «الكتاب»، وعلى القول بأن الفائت المعيب يمضي بحصته من الثمن تكون كذلك أيضا.

والجواب عن السؤال الثالث والرابع والخامس أن ما قدمناه من التقسيم والخلاف دائر في هذا الأصل فيها يوم الابتياع ثلاثة أحوال: إما أن يكون خالياً من الثمار أو من المأبور، وإما أن يكون مشغولا بالمأبور، وإما أن يكون مشغولا بالمزهي.

فأما الحال الأول فإن الشفيع أو المستحق أو الغريم يأخذون الأول بزوائده.

وفي رجوع المشتري عليهم بالسقي والعلاج قولان، وقد قدمناهما في السؤالين الأولين ما لم يكسب وصفًا من أوصاف الانفصال تكون به علة للمشتري.

وقد اختلف على الأقوال الأربعة المبسوطة، وأن ما تقدم من التوجيه نحو منه يقال هاهنا فلا معنى لإعادته مرة أخرى، إلا أن بعض هذه الأقوال مخرجة وبعضها منصوصة.

وأما الشفعة فبكونها علة بالإبار أو باليبس جاءت الروايات عن متقدمي الأصحاب، وأما الاستحقاق فبكونها علة باليبس أو بالجذ جاءت أيضًا، وكلاهما عن ابن القاسم، وأما التفليس فبكونها علة بالجذاذ أو بالإزهار جاءت أيضًا، وكلاهما عن ابن القاسم، إلا أن مذهبه في «المدونة» في هذه المسائل أنها بالإزهار تكون علة في السؤالين الأولين، وباليبس تصير علة في الشفعة والاستحقاق وبالجذ تصير علة بالتفليس.

وما أشرنا إليه من التوجيه فيما تقدم يطلع منه على سبب الخلاف هاهنا.

فإن وجدها المشتري بعد الإبار وقبل الطياب أو وجدها قبل الإبار وقد كان الأصل خاليا منها يوم التبايع فإنها للمشتري وهل يحاسب بها أم لا؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه لا يحاسب بشيء، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب»، وهو الصحيح.

والثاني: أن الشفيع يحاسب المشتري ويأخذ الأصل بحصته من الثمن، ويحاسب البائع في الاستحقاق ولا يرجع عليه إلا بما ينوب الأصل، ويحاسب به الغرماء في التفليس ويأخذ الأصل بحصته من الثمن ويحاصص الغرماء بما ينوب الثمرة من الثمن بناء على أن لها حصة من الثمن قبل الإبار، وهو قول أشهب في «كتاب ابن المواز»، وليس بصحيح والله أعلم.

وأما الحال الثاني: وهو أن تكون الأصول عند البائع مشغولة بالماء فإن الأسئلة الثلاثة تختلف فيه.

وأما الاستحقاق فالمنصوص فيه أنها لا تصير علة ويردها وإن وجدت، ويغرم المكيلة إن عرفت أو القيمة إن جهلت كسلعة ومنفصلة.

وأما الشفعة فيها ففي المذهب قولان:

أحدهما: أنها كالاستحقاق، وأنها لا تكون له علة، وهو قول أشهب.

والثاني:أنها للشفيع ما لم تيبس أو تجذ، فإن يبست أو جذت وكانت صغيرة ففي المشتري بما ينوبها من الثمن، ويستشفع الشفيع الأصل بما ينوبه، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب».

وسبب الخلاف: الأخذ بالشفعة هل هو مضاهاة للاستحقاق فيكون كما قال أشهب، أو على منهاج البيع المبتدأ فيكون الأمر كما قال ابن القاسم؛ لأن المأبور له حصة من الثمن على مشهور المذهب.

وأما التفليس ففيه قولان:

أحدهما: أنها للبائع ما دامت لم تفت، فإن فاتت أخذ الأصل بما ينوبه من الثمن، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنها كالاستحقاق وهو قول أشهب.

وأما الحال الثالث: إذا كان الأصل مشغولا بالمزهى من الثمار عند العقد؛ أما الاستحقاق ؛ فإنه يردها وإن جذت ، ويرد المكيلة إن عرفت ، أو القيمة إن جهلت، والثمن إن بيعت كسلعة منفصلة.

وأما في الشفعة فإنها تتخرج على قولين:

أحدهما: أنها للشفيع ما لم تجذ، فإذا جذت فإنها تكون للمشتري بحصتها من الثمن.

والثاني: أنها تكون للمشتري باليبس.

والقولان لابن القاسم من «المدونة». وقد جعلها ابن القاسم في الحال الأول والثاني أنها للمشتري باليبس.

وأما في التفليس فالبائع أحق بها وإن جذت ما دامت قائمة كمشتري السلعتين بفلس. [والحمد لله وحده] [1].

---

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة السادسة عشرة
في العيوب الكامنة التي يستوي فيها علم البائع والمشتري

والعيوب التي يستوي فيها علم البائع والمشتري وهي الكامنة ولا يتصور التدليس بها تنقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا يمكن الوصول إلى معرفته إلا بعد قطعه وشقه.

والثاني: ما يمكن الوقوف على حقيقته واختيار ما في داخله قبل كسره.

والثالث: ما يدرك كنه داخله قبل كسره.

فالجواب عن القسم الأول: وهو ما لا يمكن الوصول إلى معرفة ما في داخله والوقوف على حقيقته إلا بعد شقه وقطعه كالعيوب الكامنة في الخشوب والجلود فالمذهب فيها على خمسة أقوال:

أحدها: أن ذلك للمشتري ولا رد له جملة بلا تفصيل، وهو قوله في «المدونة» و«الموازية»، وغيرهما.

والثاني: أنه كسائر العيوب، وللمشتري الرد جملة بلا تفصيل، وهو قول الأبهري.

والثالث: التفصيل بين القليل والكثير، فإن وجد العيب في اليسير فلا رد له ويلزمه جميع الصفقة بجميع الثمن، وإن كان الفساد في أكثره فله رد الجميع، وهو قول ابن نافع ومحمد بن خالد في «العتبية» والموالح واللوز والجوز.

والرابع: على عكس الثالث أنه لا يرد ما وجده فاسدًا إلا ما كان يسيرًا

مثل الجوزتين والثلاثة يجدها فاسدة بعد كسرها، وأما في الإجمال، والكثير منه فلا يرد، وهو قول مـالك في «كتاب محمد»؛ على ما نقـله الشيخ أبو محمد في «النوادر».

والخامـس: التفصيل بين أن يكون العـيب في أصل الخلقة ولم يحدث بعد القطع ثم لا قيام له، أو يكون عيبًا حدث بعد القطع والصحة من عفن أو سوس فهذا مما لا يعـلمه بعض الناس وإن جهله آخـرون فله الرد، وهو قول ابن حبيب.

وسبـب الخلاف: الرد بالعيب هل هو مبنـي على نفي المساواة في علم العيب أو هو مبنـي على أن المشتري مغبون لأن ثمن السـالم وما يدخلا فيه على القيام بالعيب ليس علـى سواء، وما عدا ذلك من الأقوال فإنها جارية على غير قياس.

واختلف في الجلود تـقطع خفافاً أو نعالاً ثم يظهر أنـها فاسدة أو دبغها ثم ظهـر فسادها من احـتراق أو إتلاف صوفها وشـعرها فلا يخـلو من أن يكون ذلك في أصل خلقتها أو يكون ذلك أمرًا قد حدث مما يمكن أن يكون من سـوء صنعة أو سـوس أو عفن أو سوء صـنعة مـن قلة ملـح أو حرارة شمس أو طول مكث كجلود البقر تباع مـطوية يابسة فإذا بلت تبين السوس فيها أو ظهر فيـها فساد أو احتراق ولا يتبين ذلك للمشتـري حتى يجعل في الماء فإنه ينظر في ذلك أهل المعرفة والبصيرة .

فإن كان مثل ذلك لا يخفى على البائع فإن له حكم التدليس، وإن كان يخفى مثله كان كمن لم يدلس.

وهل يكون حكمها كحكم سائر العيوب أو له حكم الخشب؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن حكمها حكم سائر العيوب في الرد والإمساك، وهو قول مالك وأكثر أصحابه في «الواضحة» وغيرها.

والثاني: أنها كالخشب والبناء، وأنه لا رد له ، وهو قوله في «كتاب ابن سحنون» فلو اشتراها المشتري الأول على أن يرد منها ما أتلف لم يجز؛ إذ لا يدري ما يتلف، وهل هو في خيارها أو شرارها؟ وذلك غرر وخطر وهو قوله في «كتاب ابن حبيب».

والجواب عن الوجه الثاني: وهو ما يمكن الوقوف على حقيقته داخله قبل كسره كالقثاء والباذنجان يختبر بالعود الرقيق فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يرد جملة وأن ذلك لازم للمشتري، وهو قول مالك في «المدونة» قال: ورأيت أهل السوق يردونه، ولا أدري من أمن ذلك إنكاراً لفعلهم.

والثاني: أنه له الرد كسائر العيوب، وهو قول الأبهري.

والثالث: التفصيل بين اليسير والكثير؛ فإن كان يسيراً مما يدرك بالاختيار وإدخال العود حتى يعرف حلوه من مره فله الرد؛ لأن البائع قادر على معرفة هذا العيب [ق/ ٧٩ / ٢أ] فإن كان كثيراً كالأحمال وذلك من المشتري ولا رد له، وهو قول أشهب، ومطلع الخلاف على ما تقدم.

والجواب عن الوجه الثالث: وهو ما يدرك كنه داخله من خارجه قبل كسره؛ كالبيض فإنه يظهر فساده قبل كسره: فهو كسائر العيوب.

فإذا قام المشتري فلا يخلو من أن يكون ذلك بحضرة البائع أو بعد أيام.

فإن كان ذلك بحضرة البائع فلا يخلو فسادها من أن يكون مدلسًا أو غير مدلس.

ـ كان مدلسا فإن يرد بعد كسره ويرجع بجميع الثمن.

وإن كان غير مدلس فإنه يرجع على البائع ما بين الصحة والداء.

فإن كان مما لا يباح أكله فإنه يرجع بجميع الثمن دلس أو لم يدلس، وهو قول ابن الموّاز.

فإن كان ذلك بعد أيام فلا رد له؛ لأنه لا يدري أفسد عند البائع أو عند المشتري، وهو قول ابن القاسم في «كتاب محمد».

وصفة معرفة فساد البيض من ظاهره أن يحركها ويضحضها، وذلك يدرك به فساده ما لم يخلق فيه الفروج.

وقال بعضهم: يدرك فساده بأن يرفعه في عين الشمس.

وقال بعضهم: يدرك فساده بأن يجعل البيض في ماء فما كان منه صحيحا رسب، وما كان منه فاسدًا فإنه يعلو على وجه الماء. [والحمد لله وحده][1].

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة السابعة عشرة
فيمن اشترى شعيراً للحرث فوجده لا ينبت

فلا يخلو من أن يشتريه ليأكله أو ليزرعه، فإن اشتراه ليأكله ثم بدا له فزرعه فلم ينبت فإنه لا يرجع عليه بشيء، إلا أن يكون ذلك نقص مما يكون عيبا لو اشتراه للأكل فإنه يرجع بما نقص العيب.

فإن اشتراه ليزرعه فلا يخلو من أن يكون اشترط له البائع أنه ينبت أو لم يشترط.

فإن اشترط له البائع أنه ينبت فزرعه في أرض تربة تنبت فلم ينبت فلا يخلو من أن يكون البائع قد غره أو لم يغره. فإن ثبت أن البائع غره منه عالما بأنه لا ينبت فإنه يرجع عليه بجميع الثمن.

وإن لم يغره وإنما اشترط ذلك لأنه كانت عنده في نفاقها وجودتها أنها تنبت حلف على ذلك وليرد المشتري مثلها ويأخذ ثمنه كله، وهو قول سحنون في «كتاب ابنه».

فإن لم يشترط له البائع أنها تنبت ولا تبين له أنه اشتراها لذلك فلا يخلو من أن يشتريها في غير إبان الحرث أو في إبانه.

فإن اشتراه في غير إبان الحرث فلا رجوع له على البائع قولا واحدًا بما نقص العيب ولا غيره.

فإن اشتراها في إبان الزراعة والبائع لا يعلم هل تنبت أم لا فالذي تقتضيه أصول المذهب ونصوصه أنه لا يرجع على البائع بشيء فإن اشتراها في إبان الزراعة، والبائع يعلم أنها لا تنبت وباعها بأثمان ما يراد للزراعة

هل يكون ذلك كالشرط أم لا؟ فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه كالشرط ويرجع عليه المشتري بجميع الثمن، وهو قول اللخمي.

وعلى أنه لا ينبت فيرجع المشتري بما بين ذلك ؛ لأن الشعير يتصرف إلى غير وجه، وقيدنا الذي يعلم أنه لا ينبت فلم ينبت بالإثم وعليه العقوبة إذا دلس ولم يبين، وهو قول ابن حبيب في «الواضحة».

ولو زرع أحد فنبت شعير صاحبه، ولم ينبت شعيره فلا يخلو من أن يكون مدلسًا أو غير مدلس. فإن كان مدلسًا فإنه يرجع عليه صاحبه بنصف مكيلته من شعير صحيح وبنصف كراء أرضه التي عطل عليه، وهو قول ابن حبيب وأصبغ. وهذا إذا فات إبان الحرث.

وأما إذا علم في إبانها فعليه أن يخرج مثل ذلك من الزريعة الصحيحة فيزرعها في مكان لم ينبت.

فإن كان غير مدلس فإنه يرجع على شريكه بمثل زريعه ودفع إليه شريكه مثل نصف زريعته التي لم تنبت، وهو قول سحنون في النوادر.

فإن لم يشترط ذلك وكان الشراء في إبان الحرث [فهل له الرد][1] أم لا؟ قولان:

أحدهما: أنه لا رد والبيع يلزمه ، وهو قول سحنون.

والثاني: أن له الرد وأخذ جميع الثمن، وهو قول اللخمي، [والحمد لله وحده][2].

---

(١) سقط من أ.

(٢) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثامنة عشرة
في البيع على البراءة

والبراءة من العيوب على وجهين: خاصة، وعامة.

فالخاصة على ثلاثة أوجه: متفق على فساده، متفق على جوازه، مختلف فيه.

فأما المتفق على جوازه فهو المنبري من العيوب التي علمها إذا أوقف المشتري عليها أو سماها له وأخبره أنها في المبيع موجودة إلا أنها مع ذلك على وجهين: وجه يختلف، ووجه لا يختلف؛ فالوجه الذي لا يختلف كالغرر وقطع العضو فإنه يرى بمجرد تسميته، وما يختلف كالإباق والسرقة والديرة فلا تبرئة مجرد التسمية حتى يتبين طلبها بالمقدار وتبرئه مشاهدة المبتاع ومشاهدته لتلك الصفات .

وأما المتفق على فساده فهو التبري من الحمل الظاهر متاع الغير في الرفيعة التي فيها المواضعة ولم يقر السيد بالوطء فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: إبطال البيع، وهو قول ابن القاسم وأشهب وعبد الملك وأصبغ وابن المواز في «الموازية».

والثاني: أن البيع جائز والشرط جائز، وهو قول ابن حبيب في «واضحته» في الجارية المسبية المشتراة من الغانم أن له أن يتلذذ منها بدون الجماع قبل الحيض؛ لأن بيع المقاسم بيع.

والثالث: جواز البيع وبطلان الشرط، وفيها من المواضعة. وهو قول

ابن المواز أيضا.

ووجه القول أن التبري من الحمل في الرائعة يسقط المواضعة وذلك غرر وخطر؛ لما كان الحمل مخفيا فيها فصار المشتري يعتقد السلامة والبائع ضده فتخاطرا.

ووجه القول الثاني: بناء على الأصل الذي قدمناه في جواز البيع وبطلان الشرط في بياعات الشروط، وقد استقصينا الكلام فيها أصولا.

ووجه القول الثالث: قياسًا على الوضيعة بعلة أنه عيب فيهما جميعًا.

فالجواب عن الوجه الثاني من أصل التقسيم: وهو البراءة العامة؛ وهو أن يتبين البائع من كل عيب لم يعلم به هل هو بيع براءة اشترطها البائع عند العقد أو لم يشترطها ؟

فالذي يتحصل من المذهب في ذلك عشرة أقوال؛ منها في الكتاب ثمانية أقوال:

الأول منها : أنه جائزة في الرقيق خاصة إذا اشترط التبري من كل عيب قل أو كثر مما لا يعلمه البائع وبيع السلطان في التفليس والمغنم والميراث إذا علم المبتاع أنه بيع ميراث، وهي رواية ابن القاسم وأشهب عن مالك في «كتاب محمد».

وهذا القول قائم من «المدونة» من قول ابن القاسم: وأما البراءة في الرقيق على قول مالك الأول أن بيع المفلس والميراث بيع براءة وإن لم يتبين، وكذلك بيع السلطان، وذلك ظاهر.

والقول الثاني: أن البراءة لا تكون إلا في الرقيق فيما باعه السلطان على مفلس خاصة دون الميراث وغيرها، وذلك بيع براءة وإن لم يشترطها، وهو

قوله في «المدونة» وإنما كانت البراءة لأهل الديون يفلسون فيبيع عليهم السلطان، وعلى هذا الظاهر حمله بعض المتأخرين وجعله قولا مفردًا، وهو نص في «كتاب محمد» حيث قال : وقال أيضًا : لا ينفع في الرقيق إلا في بيع السلطان في الديون، فأما بيع ميراث وغيره فلا .

والقول الثالث: أنها تنفع في الرقيق والحيوان خاصة، وهو قوله في الموطأ، وقد ذكر أبو محمد في «النوادر» أنه أمر بمحو الحيوان منها، وفي «كتاب محمد» أنه ذكر له ذلك فقال: إنما أعني بالحيوان الرقيق؛ لأن في «كتاب محمد» نصا أنها تجوز في الرقيق والحيوان فقط على ظاهر الموطأ، ومثله في «كتاب ابن حبيب».

والقول الرابع: أنها تنفع في كل شيء في الرقيق والحيوان والعروض، وهو قوله في «كتاب ابن حبيب» على ما نقله الشيخ أبو محمد في «النوادر» حيث قال: قال ربيعة وابن شهاب ويحيى بن سعيد وغيرهم: تجوز البراءة في كل شيء، وقاله مالك مرة: إنه يلزم في الرقيق والعروض والحيوان، ثم رجع إلى أنها لا تكون إلا في الرقيق . قال ابن وهب بقوله الأول، وهذا نص نقله ﷺ، وهذا القول قائم من «المدونة» أيضا من قوله: وثبت مالك على أن بيع السلطان بيع براءة، والثبوت لا يكون إلا بعد الترجرج والاضطراب، وذلك إشارة إلى اختلاف قوله في «الواضحة»، وذلك ظاهر.

والقول الخامس : أنها لا تنفع في شيء من الأشياء لا في الرقيق ولا في الحيوان ولا في العروض إلا في الشيء التافه غير المضطر إليه، فأما ما هو مضطر إليه فلا ينفع فيه، وهو رواية ابن القاسم عن مالك في «الموازية»، ونحوه في«العتبية»،وهذا القول قائم من «المدونة» أيضا من قوله:

إن البراءة لا تنفع لأهل الميراث ولا لغيرهم إلا أن يكون عيبا خفيا فعسى.

والقول السادس: أنها تنفع في ما طالت إقامته عند البائع واختبره، وأما ما لم تطل إقامته ولم يختبره فلا تنفع فيه، وهو قوله في «الواضحة» و«الموازية» وهذا القول أيضا قائم من «المدونة» في الجانب الذي يأتيه الرقيق حيث قال: لا تنفعه البراءة.

والقول السابع: أنها لا تنفع في شيء من الأشياء جملة كافية سواء اشترطها أو لم يشترطها، وهي رواية حكاها القاضي أبو محمد عبد الوهاب [ق/ ٨٠ / ٢أ] عن مالك في المذهب أن البراءة لا ينفع اشتراطها في شيء ولا يبرأ البائع إلا بما برئه المبتاع، وعللها بعض الأصحاب أن البيع على البراءة غرر وخطر، ولا فرق في ذلك بين بيع السلطان وغيره، وهذا القول أيضا قائم من «المدونة» من قوله الذي رجع إليه: أن البراءة لا تنفع في الرقيق، يريد: ولا في غيره لا لأهل الميراث ولا لوصي ولا لسلطان؛ وعلى هذا تأول اللخمي المسألة.

ويدل على صحة هذا التأويل قوله في مسألة أول عهدة باب المفلس فيمن اشترى عبدًا من مال رجل قد فلسه السلطان فأصاب فيه عيبا حيث قال: يرده على الغرماء، ويدل عليه أيضا قوله في الباب الأول: وكان وقله في الرقيق في بيع الميراث والسلطان في المفلس.. إلى آخر المسألة: وأنه لا يلزم البائع شيئا مما أصابهم؛ فقوله القديم يدل على أنه اختلف في ذلك، وأن له فيها قولا جديدًا .

وقال في موضع آخر في «الكتاب» : ما وقفت لمالك على هذا إلا ما أخبرتك من قوله القديم، وقد خالف في هذا التأويل جماعة من الشيوخ، وتأولوا مسألة المفلس أنه كان عالم بالعيب وعلم بعلمه.

وذكر أبو محمد بن أبي زيد، وابن الكاتب، وغيرهما أنه لا يختلف قوله: إن بيع السلطان بيع براءة.

والخلاف موجود وقد حكيناه.

والقول الثامن: أن البراءة لا تصح بشرط، وإنما تصح لمن يوجبها عليه الحكم من بيع السلطان وأهل الميراث، وهذا القول قائم من المدونة من قوله: ولم تكن البراءة عند مالك إذا كان يجيزها إلا في الرقيق وحده في الميراث وما باع السلطان للغرماء، وإلى مثل هذا أشار الباجي في «المنتقى».

والقول التاسع: أن البراءة لا تكون إلا بشرط، فإذا لم يشترطها فعليه عهدة القائم بعيب، على عكس القول الثامن، وهذا القول من «المدونة» من قوله في أول الباب: إن البراءة لا تكون إلا في الرقيق، ولا تنفع في غيرهم كانوا أهل ميراث أو غيرهم.

وظاهره: لا تكون بشرط لقوله: ينفع، ومثل هذا إنما يستعمل فيما قصد، فأما ما يوجبه الحكم فلا يقال فيه تصح، وإنما يقال فيه يصح؛ فتأمله تجده صحيحا إن شاء الله، وإلى هذا ذهب بعض المتأخرين.

والقول العاشر: بالتفصيل بين ما بيع بالخيار من مالكه وبين ما بيع عليه؛ فما بيع باختيار المالك فلا تكون فيه البراءة إلا في الرقيق خاصة، وما بيع بغير اختياره كبيع السلطان في فلس أو موت أو على أصاغر فإنه بيع براءة في كل شيء من الرقيق والحيوان والعروض، وهو وقول ابن حبيب من رأيه؛ لأنه قال: أنا آخذ بقول مالك الآخر فيما بيع طوعًا أن البراءة لا تكون فيه إلا في الرقيق.

فأما ما باعه السلطان في فلس أو موت أو على أصاغر فإنه يأخذ فيه بالقول الأول أنه بيع براءة وإن لم يشرط، قال: وقاله مطرف وابن الماجشون

وأصبغ وغيرهم.

فهذا تحصيل الأقـوال في هذه المسألة على تقرير مـن الروايات وغيرها، ولفظه في «الكتاب» متكرر ومتردد ومـختلف فى العبارات فى مواضع شتى من أبواب العهدة من البراءة؛ فرتبنا مشكله على ما فسر في غيره. والحمد لله وحده.

كتاب الاستبراء



كتاب الاستبراء

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها مسألتان :

المسألة الأولى
في اشتقاق الاستبراء

وهو مأخوذ مـن التبري؛ وهو الانفصـال والتخلص، ثم استـعمل في الاستقصـاء والبحث والكشف عن الأمـر الغامض على يقين مـنه، وهو ما يعرف عند الفقـهاء كناية عن أحوال الأرحام عند انتقـال الأملاك حتى يعلم تخلصـها من الحمل أو شغلـها به بالعلامـات التي جعل صاحب الـشريعة وذلك دليلا عليهـا؛ مراعاة لحفظ الأنساب واحتياطاً لاختـلاط الذرية وتمييز النسل، وهو لوجهين:

أحدهما: تمييز ماء البائع من المشتري، وذلك في كل موطوءة للبائع إذا لم يستبرئـها أو في العلية التي يحـط الحمل من ثمنها كثيـرًا، وما لم توطأ فاستبرأها، ولا بالمـواضعة؛ ومعنى هذه الكلمة الإيقـاف مدة الاستبراء وهو وضع هذه الجارية على يد ثقة حى تظهر براءة رحمها من شغل الحمل وتحل للمشتري، وهذا الاستبراء واجب.

وحكم هذه في هذه المـدة حكم ما لم يخرج من ملك البائـع، ونفقتها عليه، وضمانها منه؛ لأنه لما كان استبراؤها وإنفاقها بسببه من أجل ما به أو من أجل خلوص العلى من الحمل.

وإن لم يطأ البائـع كان تمام بيعها إنما يكون يوم بـراءتها من ذلك، ولم يتم العقد المتقدم إلى الآن؛ ومن حينئذ يـضمنها المشتري، والاستبراء الثاني

في غير هذه ممن لا تواضع فيمن لم يعرف البائع بوطئها من وخش الرقيق، أو ممن لا ينقصها الحمل من علية كـالمتزوجة أو المطلقة أو الزانية، فهؤلاء لا مواضعـة فيهن ولا اسـتبراء إلا أن يريـد المشتري الـوطء فواجب علـيه أن يستبرئ لنفسـه مما لعلها أحدثته، وضمانها من مشـتريها ويم الصفقة إلا أن يكون هناك عهدة الثلاث فمن يوم تمامـها، واختلف في التي اشتريت وهي في عظم حيضتها، وفي البكر العذراء هل فيها مواضعة أم لا على قولين:

أحـدهمـا: أنه لا مواضعة فيها، وأن تلك الحـيضة تجري معهما، وهو قول ابن القاسم في المدونة في التي هي في عـظم حيضتها، ويلزم مثله في العذراء.

والثاني: أنه لابد لها من الاستبراء والمواضعة، وهو قول أشهب على ما حكاه عنه أبو إسحـاق بن شعبان، وفضل بن سلمة في الـتي هي في عظم حيضتهـا، وهو قول مالك في «كتاب ابن حبـيب» وغيره [في][1] الـتـي قاربت الحلم ويخشى منها الحمل أنه لابد فيها من الاستبراء والمواضعة.

وسبـب الخلاف: المواضعة هل هي مشروعـة للاستبراء خاصة، أو هي مشروعة للاستبراء والتعبد؟

فمن رأى أنها مشروعة للاستبـراء خاصة قال: إذا تحقق براءة الرحم فلا استبراء ولا مواضعة، ومن [رأى][2] أن فيها ضربا من التعبد قال لابد من المواضعة، [والحمد لله وحده][3].

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثانية

إذا قبض المشتري الرائعة على غير المواضعة

فلا يخلو ذلك من خمسة أوجه:

إما أن يقبضها على الائتمان على استبرائها.

وإما أن يقبضها على براءة البائع من وطئها ومن حملها أن يكون منه.

وإما أن يقبضها على براءة البائع من حملها وهو مقر بوطئها.

فأما الوجه الأول: إذا قبضها المشتري على أنه مؤتمن في استبرائها فذلك جائز، وإن كانت المواضعة على يدي غيره أحسن، فإذا وضعت بيد المشتري كان أمينًا على حضـيتها، ونفقتها على البائع حتـى تحيض، وما أصابها في ذلك فمن البائع، والقول قول المشتري إن أصابها ذلك قبل أن تحيض؛ لأنها لو كانـت بيد غيره فيـتأخر حيضهـا وتربصت ثلاثة أشـهر ثم تحل للمـبتاع وتخرج من ضمان البائع إلا أن يظهر بها حـمل فيرد أو يسمك فيها بحبس البطن فيكـون المبتاع مخيراً إن شاء تربص إلى تسـعة أشهر وإن شاء ردها؛ لأن تأخير ذلك إلى تسعة أشهر كعيب وجده.

وأما الوجه الثاني والثالث: إذا قبضها على الجهل بالاستبراء وعلى تعمد تركه وقبضها كقبض الوخش فإنها تخرج من يد المشتري ويخرج فيها حكم المواضعة.

ويلحق الولد بالبائع في التي أقر بوطئها إن لم يدع استبراء.

فإن لم يرفع أمرهـا حتى ماتت بيد المبتاع وهو يقـول ما حصلت، فإن ماتت فيمـا يكون فيه ا ستبراؤهـا فهي من المبتاع وإن ماتـت في مثل ما لا

يكون فيه الاستبراء فهي من البائع بغير يمين المبتاع أنها لم تحض عنده، وهذا قول مالك في «كتاب ابن حبيب»، وهو تفسير لما في «المدونة».

والبيع في ذلك كله جائز ولا يفسخ، وهو نص مالك في «كتاب الاستبراء» من «المدونة».

وأما الوجه الرابع: إذا قبضها على البراءة من حملها وهو مقر بوطئها فالمذهب فيها على قولين:

أحدهما: أنها تخرج من يد المشتري وتجري فيها أحكام المواضعة، وهو قول ابن حبيب عن مالك.

والثاني: أن البيع مفسوخ مع القيام، وهو قول مالك في «المدونة» و«الموازية».

وأما الوجه الخامس : إذا قبضها منه على وجه التبري من وطئها أو البراءة من حمل إن ظهر بها من غيره فلا يخلو من أن تكون رائعة من علية الرقيق أو متوسطة.

فإن كانت من وسط الجواري لا علية ولا وخشة فذلك جائز، ويدخل في ضمان المشتري بالعقد، ولا يطأها حتى تحيض، وله فيها التلذذ دون الوقاع.

فإن كانت رائعة من علية الرقيق لا يصلح مثلها إلا إلى الفراش فالبيع فاسد وترد إلى أن تفوت فتضمن قيمتها، وهذا على قول مالك في «كتاب ابن حبيب»، وهو تفسير لما في «المدونة».

وقد تقدم كثير من مسائل هذا «الكتاب» في «كتاب النكاح» فأغنى عن إعادته . والحمد لله وحده.

كتـاب الصلح



كتاب الصلح

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها خمس مسائل:

المسألة الأولى

في صلح البائع والمشتري في دعوى بما يعيب

فليدمع البداية بـها لأنها أغلظها فروعًا وأكثرها وجوهًا، ولـنقتصر فيها على صلح البائع رغبة في إنفاذ العقد .

وأما صلح المشتري فرغبة في فسخ العقد تقدم مبسوطا في مسألة حمار ربيعة «في كتاب الآجال».

اعلم أنه إذا باع سلـعة بذهب إلى أجل فادعى المبتـاع أن بها عيبًا وأراد مصالحة البائع فلا تخلو السلعة من أن تكون قائمة، أو فائتة.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا [ق/ ٨١ / ٢أ] كانت قائمة فلا تخلو من ثلاثة أوجه: إما أن تكون عرضا، أو دنانير، أو دراهم.

فإن صالحه على عرض فلا يخلو من أن يكون نقدًا أو إلى أجل.

فإن كان نقدًا جاز قولا واحدًا .

وإن كان إلى أجل فالمذهب على قولين :

أحدهما: الجواز، وهو ظاهر قول أشهب في «الكتاب».

والثاني: المنع، وهو نص قول ابن القاسم في «كتاب الصلح».

وسـبب الخـلاف: من ملك أن يملك هل يعـد كالمالك قبل أن يملك أم لا؟، فإذا قلنـا: إنه كالمالك فيمنـع كما قال ابن القاسم؛ لأنـه ملك أن يرد

لوجود العيب ويأخذ الثمن الثابت في الذمة، فإذا اعتاض عنه بالعرض إلى أجل كان ذلك فسخ الدين في الدين، وإذا قلنا: إنه ليس كالمالك فلا يمنع كما قال أشهب؛ لأنه عوض عن الخصام لا عن قيمة العيب إذا لم يثبت بعد؛ فكان ذلك كالشراء للخصومة. فإن صالحه على دنانير؛ فإن كان نقدا جاز قولا واحدا؛ لأن المشتري كأنه استرجع بعض ثمنه والمستبقى هو الثمن.

فإن كان إلى أجل فلا يجوز إن تأخر بشرط؛ لأنه بيع وسلف من المشتري، وإن تأخر من غير شرط جاز.

فإن صالحه على دراهم؛ فإن كانت الدراهم إلى أجل فلا يجوز؛ لأنها سلعة وفضة إلى أجل نقدًا ـ قلت الدراهم أو كثرت .

فإن كانت نقدًا جاز في أقل من صرف دينار قولا واحدًا، وفي أكثر من صرف دينار قولان في ذلك: المنع لابن القاسم ؛ لأنه بيع وصرف، والجواز لأشهب إما لكون البيع والصرف عنده جائز وهو مشهور مذهبه، وإما لأنه يرى الصلح عوضًا عن الخصام .

وأما الوجه الثاني من الوجه الأول : إذا وقع البيع على النقد ولم ينتقد فعلى الأوجه الثلاثة التي قدمناها أن يكون الصلح بعرض أو بذهب أو بورق.

فإن كان الصلح بعرض فذلك جائز معجلا ومؤجلا وكان سلمًا يراعي فيه تعجيل رأس المال النقد في رأس المال وتأخيره إلى القدر المعروف؛ لأن المشتري كأنه اشترى العرض المصالح به ببعض ما عليه من الثمن.

فإن كان الصلح بدنانير لم يجز إلا على المقاصصة؛ لأنه إذا عجلها صار ذهب وسلعة بذهب.

وإن كان بدراهم لم يجز أن يتناقدا معـا إذا كانت الدراهم قليلة أقل من صرف دينـار، وإن كانت أكثـر من صرف دينـار جرى على الخـلاف الذي قدمناه بين ابن القاسم وأشهب.

وأما الـوجه الـثالـث: إذا كان البيـع إلى أجل فلا يخلـو من أن يكون بعرض أو بدنانير أو بدراهم.

فإن كان الـصلح بعرض لا يجـوز إلى أجل؛ لأنه دين بديـن، ويجوز نقدًا لزوال المانع.

فإن كان بالـدنانير وكان نقداً أو إلـى أجل غير أجل الثمـن فلا يجوز، لأنه ذهب بذهب مع أحدهما سلعة، فـإن كان إلى أجل الثمن جاز ويصير مقاصصة.

فإن كـان بالدراهـم لم يجز ـ كـانت نقـدًا أو إلى أجل ـ لأنـه صرف مستأخر.

والجواب عن الوجه الثاني من أصل التقسيم: وهو أن يكون الصلح بعد فوات البيع؛ فإن التقسيم المتقدم دائر فيه وهو أن يكون على النقد فانتقد، أو على النقـد ولم ينتقد، أو إلى أجل. فإن وقـع على النقد وانتقـد فلا يخلو الصلح من أن يكون على النقد أو على النسيئة.

فإن كان على الـنقد جاز على الإطلاق دون تفصيـل دون ما صالح من عرض أو عين.

وهل من شـرطه معرفتـهما بقيـمة العيـب؟ وهو قول ابن القـاسم في «الكتاب».

والـثـانـي: أنه يجوز وإن جهـلا قيمة العيب في الحـال، وهو قوله في

«الموازية» و«المستخرجة».

فوجه قول ابن القاسم أن الجهل بقيمة العيب غرر وخطر، ووجه قوله في «الموازية» أن الصلح في غالب الأحوال أن يكون على أقل من قيمة العيب بالشيء البين؛ فيصيرا قد خرجا بالصلح من حد المكايسة إلى حد المكارمة؛ لأن ذلك هبة من المشتري ومعروف صنعه، وهبة المجهول عندنا جائزة.

فإن كان الصلح على التأجيل: فأما بالدراهم أو العروض فلا يجوز بحال؛ لأنه فسخ دين في دين، وأما بالدنانير فإن كان مثل قيمة العيب فأقل فذلك جائز، وإن كان أكثر لم يجز؛ لأنه تأخير بزيادة؛ وذلك أن المشتري وجبت له قيمة العيب على البائع فأخره بها بشرط الزيادة ؛ وذلك سلف جر نفعا.

فإن باعه بنقد ولم ينتقد فلا يخلو الصلح من أن يكون بعرض أو بدراهم أو بدنانير، فإن كان بعرض جاز نقدًا ومؤجلا، ويكون سلما، ويلزم المشتري النقد كما تقدم؛ لأنه اشترى الموصوف بما في ذمته.

فإن كان بالدراهم فلا يجوز إلا أن يتناقدا على حكم الصرف.

فإن كان بالذهب: فأما على معنى الوضع أن يضع عنه من الثمن الذي عليه فذلك جائز - قل ما حط عنه أو كثر . فإن كان على غير ذلك فلا يجوز إلا أن يحضر المبتاع ما عليه من الثمن ويحضر البائع ما عليه من قيمة العيب فيراطله بها كفة بكفة احترازاً من التفاضل بين الذهبين.

أما الوجه الثاني من الوجه الثاني: وهو أن يكون البيع إلى أجل فلا يخلو من أن يكون الصلح بعرض أو بدراهم أو بدنانير.

فإن كان الصلح بعرض جاز نقدًا لا مؤجلا؛ لأنه دين بدين.

وأما بالدراهم فلا يجوز نقدًا ولا مؤجلا؛ لأنه صرف ومستأخر.

وأما بالدنانيـر: فإن كان على وجه المقاصصة والوضـيعة جاز، فإن كان على وجـه النقد ينقـده البائع فلا يـجوز هذا، وجاءت الرواية، ولـلأشياخ المتأخرين في تأويلها كلامان:

أحدهـما: أن ذلك على إطلاقه لا يجوز؛ لأنه سـلف جر منفعة كأن البائع أسلـفها للمشتري يردهـا إذا حل الأجل فيما عليه مـن الثمن، ولأنه يدفع عن نفسه الخصام في الحالة الـراهنة بما أعطى، وهذا تأويل أبي الحسن ابن القابسي.

والثـاني: أن معنى ذلك إذا كان المصالح به أقـل من قيمة العيب؛ لأنه يتهـم أن يدفع قليلا لـيأخذ كثيرًا إذا حـل الأجل، وأما إن كان مثل قـيمة العيب فأكثر فلا تهمة؛ لأنه من البعيد أن يعطي كثير في قليل، وهو تأويل ابن أبي زيد رضي الله عنه.

فيتحصـل لك من جملة المسألـة ستة أقسام؛ كل قسم ثـلاث مسائل؛ وذلك ثماني عشرة أسئلة لأنها إذا كانـت قائمة فثلاثة أوجه وإن كانت فائتة فثلاثة أوجه: إما ينقد فانتقد أو ينقـد ولم ينتقد أو بالتأجيل، وفي كل قسم من هذه الأقسام ثلاث مسائل: إما أن يـصالح بعرض أو بذهب أو بدراهم؛ فيأتيك من ذلك العدد الذي حصلنان. [والحمد لله وحده] (١).

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثانيـة

في صلح الورثة امرأة الهالك

ولا يخلو صلحهم إياها من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يصالحوها على قدر حقها من التركة أو أقل.

والثاني: أن يصالحوها على قدر حقها من غير التركة من أموالهم.

والثالث: أن يصالحوها على أكثر من حقها من التركة.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا صالحوها على قدر حقها من التركة فذلك جائز على الإطلاق وإن اشتملت التركة على عين وحلي؛ لأن ذلك ليس ببيع وإنما أخذت بعضًا ووهبت بعضًا.

والجواب عن الوجه الثاني : إذا صالحوها من أموالهم على مثل حقها أو أقل أو أكثر فلا يخلو من أن تكون التركة من جنس ما به صولحت أم لا.

فإن كان في التركة من جنس ما به صولحت كان الميت ترك دنانير ودراهم أو أحدهما فصالحت به جنسا لا عينًا لم يجز على الإطلاق؛ لأنه ذهب بذهب وفضة بفضة مع أحدهما سلعة.

فإن لَم يكن في التركة نظير ما أخذت؛ مثل أن يصالح بدنانير وفي التركة دراهم أو بالعكس فلا يخلو من أن تكون التركة كلها وافرة ليس فيها ديون ولا طعام من بيع ولا شيء غائب، أو يكون فيها أحد هذه الوجوه.

فإن كانت التركة كلها حاضرة ولم يكن فيها من الوجوه الثلاثة وجه، فإن كان حظها مما في التركة من العين أقل من صرف دينار فإن ذلك جائز قولا واحداً؛ لأنها باعت جميع سهم من التركة بما قبضته من العين، فإن

كان حظها منها أكثر من صرف دينار فالمذهب على قولين:

أحـدهـمـا: المنع، وهو قـول ابن القاسم في «الكتـاب»؛ لأن ذلك بيع وصرف.

والثاني: الجواز، وهو قول أشهب.

فإن كان في الـتركة أحد هذه الوجـوه التي ذكرناها فـإن ذلك لا يجوز باتفاق المـذهب؛ لأنه إن كان فيها ديـن وكان ذهبًا والصلـح على دراهم أو بالعكـس كان صرفاً مستأخراً، وإن كـان من جنس ما وقع به الـصلح كان ذلك ذهبًا بذهب أو فضة بفضة مع أحدهـما سلعة، وإن كان فيها طعام من بيع منـع؛ لأن ذلك بيعه قبل قبـضه، وإن كان فيها شيء غائـب فلا يجوز أيضا؛ لأن ذلك غرر وخطر.

والجواب عن الوجه الثالث : إذا صالحوا على أكثر من حقها من التركة فلا يخلو من أن تكون التركة ذهب وفضة أو فيها أحدهما.

فإن كان فيها ذهب وفضة فأخذت أكثر من حقها من أحدهما فلا يخلو من أن تكون حصتها من الأخرى أقل من صرف دينار، أو أكثر.

فإن كانت حصتها منها أقل من صـرف دينار فلا يخلو من أن يستأصل الجنس الذي أخذت منه أو استأصلت منه.

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك جائز كما لو استأصلته، وهو قول ابن القاسم؛ بناء منه [ق/ ٨٢ / ٢أ] على أن الجنس المأخوذ مـنه يطرح من الكل، وجعل الزوائد على حقها ثمنًا لحقها في سائر التركة.

والثاني: أنه لا يجوز حتى يستأصل جميع الجنس الذي تأخر منه، وهو

قول ابن المواز، بناء منه على أن الذي يبقى من الجنس المأخوذ منه حقها باق فيه؛ لأن لهـا جزءا في كل عين منـه فقد باعت حيـنئذ ذهبًا بذهـب وفضة بفضة مع أحدهما سلعة.

فأما إن كانـت حصتها من الآخر أكـثر من صرف دينار فـعلى الخلاف الذي قدمناه؛ فيمنع عند ابن القاسم لأنه بيع وصرفة؛ لأن الزائد على حقها فيما أخذت عوض عن حصتها في الجميع؛ وذلك صرف وعوض عن حقها في بقية التركة، وذلك بيع.

فإن كان في التركـة أحد النوعين ذهب أو فضة فأخذت أكـثر من حقها منه وفي الـتركة عروض فلا مجال لـلصرف في ذلك وإنما هـي امرأة باعت حقها مـن غير ما أخذت بما زاد عـلى حظها منـه فيجوز إن لم يكـن هناك طعام من بيع ولا ديون ولا مال غائب، ويراعى في ذلك جميع شروط البيع في الجمة، وذلك بين. [والحمد لله وحده] [١].

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

المسألة الثالثة

هل يقتضي المقتضى من مال مشترك بينه وبين غيره

ولا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يخرج بإذن شريكه.

والثاني: أن يخرج بغير إذنه.

فإن خرج بإذن شريكه وأعذر إليه في الخروج [ ][1] وامتنع وأذن له الحاكم بالخروج فلا يخلو ذلك من الدين من أن يكون مما لا يجوز بيعه قبل قبضه أو كان من بيع عين الطعام والإدام فهل يجوز [أن][2] يأذن الشريك لشريكه في اقتضاء نصيبه أم لا؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن ذلك لا يجوز، وهو ظاهر قوله في «الكتاب» حيث قال: غير الطعام والإدام؛ لأن ذلك بيعه قبل قسمته لأن إذنه له في الخروج لاقتضاء نصيبه مقاسمة، والمقاسمة فيه كبيعه قبل قبضه، قاله ابن أبي زمنين وغيره.

والثاني: أن ذلك جائز، ولا يكون ذلك بيعه قبل قبضه، وهو قول مالك في «الأسدية».

وسبب الخلاف: القسمة هل هي بيع أو تمييز حق؛ فعلى القول بأنها بيع يمنع، وعلى القول بأنها تمييز حق جاز.

---

(١) قدر كلمة بالأصل لم أتبينها.

(٢) سقط من أ.

فإن كان مما يجوز بيـعه قبل قبضه إما لكونه عرضًا أو عـينًا وإما لكونه طعامًا من قرض فلا خلاف أنه يستبد بما اقتضى ولا مدخل لشريكه في ذلك على الغريم أو لم [ ] (١).

فإن خرج بغير إذن من شريكه وبغـير إعذار من الحاكم، وكان الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه هل يختص المقتضى أو للشريك الدخول معه؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن له الدخول معه فيما اقتضى، وهو قوله في «كتاب الصلح» و«كتاب المديان»، وهو قول الغير في «كتاب الجنايات».

والثاني: أن المقتضي يختص بما اقتضى ولا يدخل معه فيه الشريك. وهو قول ابن القاسم عن مالك في « كتاب السـلم الثاني» من« المدونة» في إقالة أحد الشـريكين البائع مـنهما طعـامًا من نصيـبه حيث قال: لا يدخـل معه شريكه فيما أخذ مع كون الإقالة بيعًا، وهو قول ابن القاسم في أول «كتاب الجنايات» من «المدونـة» في العبد إذا قبل رجلا له وليان فعـفى أحدهما عن العبد على أن يأخـذ حصته ورضي بذلك السيد حيث قـال: فإن دفع السيد إلى أخيه نصف الديـة تم فعله، وإلا خير العافي بين أن يكون العـبد بينهما أو يرده، فإن كان له الدخول مع شريكه فيما قبض شاء أو أبى ما كان يكون الخيار للعافي بل يكون للشريك.

قال في الـقول الثالـث: حيث قال سحـنون وقد قال أيـضا: إن للأخ الدخول مع أخيه في العبد، يؤيد ابن القاسم.

فعلى القول بأن الشريك يدخل معه فيـما اقتضى فلا يخلو المقتضى من

(١) قدر كلمة بالأصل لم أتبينها.

أن يقتضي حقه، أو صلاح.

فإن اقتضى جميع حقه كان ما اقتضى بينهما بحق الشركة.

فإن صالح الغريم فلا يخلو صلحه من وجهين:

إما أن يكون بمعنى الحط، أو بمعنى البيع.

فإن كان بمعنى الحط؛ مثل أن يأخذ عشرة ويحط أربعين، والدين مائة، فإن رضي القاعد بتسليم ذلك فلا كلام، وإن امتنع من التسليم قاسمه، وفي كيفية القسمة قولان:

أحدهما: أنه يقاسمه على ما كان عليه أصل الدين، وهو قول ابن القاسم في «كتاب الصلح» فيقسمان العشرة أيضًا.

والثاني: أنهما يقتسمان العشرة أسداسًا يقدر كأن الدين جميعه ستون ديناراً: للقاعد خمسون وعشرة للخارج، وكأن جميع نصيب الصلح يتحاصان فيه على قدر حقيهما يضرب للخارج بالسدس والقاعد بخمسة أسداس، وهو قول الغير في «كتاب الصلح».

وفائدة الخلاف: نقصان كمية نصيب الخارج حتى إذا اقتضى القاعد حقه من الغريم استدرك الخارج أولا ما أخذ منه على كلا القولين.

واختلف في المتولي مشقة الاقتضاء على قولين كلاهما عن ابن القاسم:

أحدهما: أن القاعد يقتضى جميع حقه ثم يعطى للخارج أول ما أخذ منه كأنه لما انتفع بخروجه تعين عليه حسم الرحيل وتكلف الارتحال في الاقتضاء كما فعله هو، وهو قول ابن القاسم في «كتاب المديان».

الثاني: أنهما جميعا يتوليان الاقتضاء؛ فالخارج يرجع على الغريم إما بخمسة على قول، وإما بسدس العشرة على قول، والقاعد يقوم عليه

بجميع حقه إلا ما أخذه من الخارج، وهو قول ابن القاسم في «كتاب الصلح»، وهكذا قال غيره في «كتاب المديان»، بناء منه على أنه أهدر خروج الخارج أولا بخلوه عن الإذن ورجع القاعد عليه ومقاسمته إياه ما اقتضاه حكمًا شرعيًا.

أما إن كان صلحه بمعنى البيع؛ مثل أن يصالحه بعرض والدين عينًا، أو بعين والدين عرضًا فالقاعد بالخيار كما تقدم.

فإن قاسمه ما أخذ هل يكون بقية الدين بينهما أم لا ؟

على قولين لابن القاسم والغير، وقد قدمناهما :

فعلى القول بأنهما جميعاً يتوليان الاقتضاء فإن ما بقى من الدين يكون بينهما.

وعلى القول بأن القاعد يتولى الاقتضاء آخرًا فلا يخلو من أخذ من الخارج أولا من أن يكون مما يرجع إلى المثل أو ما يرجع إلى القيمة.

فإن كان مما يرجع إلى القيمة فإنه يرد عليه نصف قيمة العرض الذي أخذ منه.

فإن كان مما يرجع إلى المثل كالمكيل والموزون هل يرجع عليه بالمثل أو القيمة؟

قولان قائمان من «المدونة»:

أحدهما: أنه يرجع عليه بالمثل، وهو ظاهر «المدونة» في غير ما موضع.

والثاني: أنه يرجع عليه بالقيمة، وهو ظاهر قوله في «كتاب الصلح» ولاسيما على قول الغير آخر «الكتاب».

وعلى القول بأنه يرجع عليه بقيمة ما أخذ منه فمتى تعتبر قيمته؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهـما: أنه يرد قيمته يوم وقع الصلح به، وهو نص قوله في «كتاب الصلح» من «المدونة».

والثاني: أنه يرد قيمته يوم أخذه من الخارج، وهذا تأويل أكثر المتأخرين على المدونة، وحمـلوا قوله يوم صالح على أنه يوم القـبض. وهذا كله في تحصيل المسألة، وأما توجيه هذه الجملـة وفهمها فنحن الآن خائضون فيه إن شاء الله.

وينبغي أن يعلم العالم أن احتصاص المقتضى بما اقتضى من دين مشترك إنما لم يـصح على الوجه الـذي ذكرنا دفعا للـضرر الداخل على الـشريك الآخر باختصاص صاحبه عنه بما أخذ مـن دين هما فيه سواء مع نقصان ما بيد الـغريم بما أخذ مـنه قطعـا فأرجعنـاه وسلطنـاه حدًا وإبراء لما فـي ذمة الغريم، وذلك مما يـستضر به القاعد المـعذور، وهذا التسليط لـيس على أن يأخذه مـنه فرضًا مـحضًا، يرد علـيه المثل إن كان إنمـا أخذ منه المـثل وهم يقولون إنما يرد عليه القيمة، ولو كان ملكا محضًا لما رده [ ] [1] مكيلته وهم يقـــولون له إذا اقتـضـى حقه فـعلى أن التسـليط وفوات السـلامة في العقبى .

فإذا كان المحذور المعذور المجوز باقتضاء حقه كلاما تعين عليه رد جميع ما أخذ، وإلا فلا؛ إذ لا يختص بحصته الـتواء فصار فرضًا من وجه وملكًا من وجه، وهذا كما ترى . والحمد لله وحده .

---

(١) قدر كلمة بالأصل لم أتبينها.

المسألة الرابعة
الإقرار بقتل الخطأ

فلا يخلو المقر من وجهين: إما أن يصالح الأولياء على مال، أو لا يصالحهم.

فإن صالحهم على مال يحصوه عليه فلا يخلو من أن يكون جاهلا بالحكم، أو عالما به.

فإن كان جاهلا بالحكم فلا يخلو القتل من أن يكون ببينة، أو بإقرار القاتل بانفراده.

فإن كان القتل ببينة كان للقاتل الرجوع على أولياء القتيل بما قبضوه منه حتى يردوه عليه؛ لأن الدية على العاقلة في هذا الوجه باتفاق.

فإن كان بإقرار القاتل دون بينة تشهد على معاينته فالمذهب يتخرج على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أن الدية على العاقلة ويرجع المقر على الأولياء بما قبضوه منه ويسقط عنه ما بقي، وهذا يتخرج على أحد قولي مالك في «كتاب الصلح» من «المدونة»؛ لأن الدية على العاقلة، ويكون معذورًا بالجهل.

والثاني: أن المقر يلزمه ما دفع، وأن ما التزمه يلزمه بالعقد ولا ينتقل عنه إلى العاقلة؛ لأنه التزم [ق/ ٨٣ / ٢أ] ما يلزمه عند بعض العلماء، وفي بعض أقوال مالك في الكتاب أن الدية في مال المقر، على ما سنبينه في الوجه الثاني إن شاء الله، وهذا تأويل أبي عمران الفاسي وغيره على «المدونة».

والثالث: أنه يلزمها دفع وقبض منه، ولا يرجع به على الأولياء ويسقط عنه ما لم يدفع، وهذا تأويل بعض الشيوخ على «المدونة» بناء على أن القبض له تأثير قوي كما لو حكم عليه بدفعه وأن القبض له تأثير فيما اختلف فيه كالديون في الأنكحة المختلف فيها وقبض السلع في بعض البياعات المكروهة عندنا المختلف فيها.

فإن كان عالما بالحكم غير جاهل به؛ مثل أن يكون فقيها عالما بما له وعليه صالح الأولياء على مال لكان يدعي أن يلزمه ما التزم ويمضي الصلح في الوجهين قبض ذلك منه أم لا قولا واحداً ، ويبقى النظر فيما دفع إلى أولياء القتيل هل يرجع به على العاقلة أم لا، وذلك يتخرج على قولين:

أحدهما: أنه لا يرجع على العاقلة بشيء.

والثاني: أنه يرجع بذلك على العاقلة، وإلى هذا أشار بعض المتأخرين.

والجواب عن الوجه الثاني من أصل التقسيم: إذا أقر بقتل الخطأ ولم يصالح على شيء فلا يخلو من أن يتهم في إقراره أم لا.

فإن كان يتهم في إقراره مثل أن يتهم في غيلولة المقتول فلا تلزم الدية العاقلة بإقراره قولا واحداً ، وهل يلزم ذلك المقر في ما له أم لا؟ على قولين:

فعلى القول بأن ذلك يلزمه في ماله فهل ذلك بقسامة أو بغير قسامة؟ قولان أيضا.

والأقوال كلها قائمة من «المدونة» من « كتاب الصلح والديات » :

أحدهما: أن الدية على العاقلة بقسامة.

والثاني: أن الدية في مال المقر بقسامة، وهو ظاهر قول مالك في

«الكتاب» حيث قال: لا يكون عليه شيء إلا بقسامة، فقيل: معناه جميعها، وهو تأويل ابن لبابة على «المدونة».

والثالث: أن الدية في مال المقر بغير قسامة، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب الصلح» أيضًا حيث قال: « الدية في ماله » ؛ فأطلق، وهو قول المغيرة وعبد الملك.

والأقوال الثلاثة عن مالك، لقوله في «كتاب ابن المرابط» وغيره، وقد اختلف الناس في الإقرار بالقتل خطأ عن مالك فالأول رواية ابن القاسم وأشهب.

والرابع: التفصيل بين أن تكون له حياة أم لا؛ فإن كانت له حياة فالدية على العاقلة بقسامة، وإن لم تكن له حياة ومات من ساعته فالدية في مال المقر قسامة، وهو تأويل بعض الشيوخ على «المدونة».

والخامس: أنه لا يلزمه بإقراره في قتل الخطأ شيء لا على نفسه ولا على العاقلة، وهذا القول حكاه القاضي أبو محمد عبد الوهاب عن مالك بهذا النص، وحكاه ابن ميسر عن ابن القاسم وابن وهب أن العاقلة ولم يذكر إلزامه هو هل يلزمه شيء أم لا؟

والسادس: أن العاقلة لا تقسم بقوله ولا يلزمه من الدية إلا ما يلزمه مع العاقلة لو اقتسموا بقوله، وهو قول ابن دينار، وحكاه ابن سحنون أيضًا عن آخرين من أصحابنا ولم يسمهم، وحكاه ابن الجلاب رواية عن المذهب.
وعلى القول بأن الدية على العاقلة بقسامة هل يؤدي معهم المقر أم لا ؟

على قولين قائمين من «المدونة» :

أحدهما: أنه كواحد منهم وعليه ما عليهم، وهو تأويل بعضهم عن

مالك في «الكتاب» حيث قال: لا شيء عليه إلا بقسامة، فإذا أقسم الأولياء كان كواحـد من العاقـلة، وهو نص قـول مالك في «كـتاب الصلـح» من «المدونة» و«كتاب محمد» و«المجموعة»، وهو تأويل أكثر الشيوخ.

والـثانـي: أنه لا شيء على المـقر منها، وهو تأويل بعضـهم على قول مالك في «المدونة»، وأما معنى قوله فـي «الكتاب»: « كواحد منهم » على الاستحسان.

وسبب الخلاف: اختلافهم في إقرار القاتل هل هو كالشاهد على العاقلة أم لا؛ فمن جعـله كالشاهد قال: يقـسم ولاة الدم بقوله، ومن لم يـجعله كالشاهد قال: لا يـلزم العاقلة شيء، وهل يلزم ذلـك المقر في ماله أم لا؟ فمن نظر أن مقتضى إقراره لا يوجب عليه شيء لا قصاص ولا دية قال: لا شيء عليـه؛ لأن إقراره على غيره لا علـى نفسه، ومن رأى أنه أقر بـالقتل وأن ما يدعيه مـن كونه خطأ تلحقه فـيه التهمة قال: أدنى مـراتبه أن تكون عليـه الدية في مـاله، ومن رأى أن ذلك علـيه بقسـامة فقد لاحـظ مجرد الصورة وأن الديـة في الخطأ لا تكون إلا بقـسامة على الجمـلة، والحمد لله وحده.

المسألة الخامسة

فيمن قتل رجلا له وليان فعفى أحدهما على مال

فلا يخلو من أن يصالح عن جميع الدم أو حصته، فإن صالح عن جميع الدم فلا يخلو ما صالح به من أن يكون مثل الدية فأكثر أو أقل منها.

فإن صالح عن جميع الدم بمثل الدية فأكثر فذلك جائز لازم للورثة لا خروج لهم عن صلحه، ويقتسمون ذلك للذكر مثل حظ الأنثيين.

فإن صالح على أقل من الدية فذلك لازم في خاصة نفسه، ويكون له مما صالح به مقدار حقه ويسقط ما بقي عن القائل، ويكون لبقية الورثة حقوقهم على حسب الدية الكاملة، وصورها في الكتاب على أن المقتول ترك ابنين وبنتًا، فإذا صالح أحد الابنين بما ذكرنا كان له الحصتان من ذلك، ويرجع الأخ والأخت الباقيان بثلاثة أخماس الدية كاملة تكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وليس للمصالح أن يضم حصته بما صالح إلى ما أخذ الأخ والأخت من حساب الدية الكاملة فيقسم معهما إلا برضاهما؛ لأنه قد رضى بنقصان حقه.

فإن صالح عن حصته من الدم خاصة فلا يخلو من أن يصالح على أكثر من حقه من الدية أو على أقل.

فإن صالح على أكثر من حقه من الدية، مثل أن يصالح لنفسه على الدية فأكثر فذلك جائز، واختلف هل لبقية الورثة الدخول معه فيما صالح به أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أنه لا يدخل معه من بقى من الورثة فيما صالح به، وإنما

سلطانهم علي القاتل فيرجعون عليه على حساب الدية، وهو قول الغير في «كتاب الصلح»، وقول ابن القاسم في «كتاب الجنايات» من «المدونة».

والـثـانـي: أن لهم الدخول مـعه، وهو قول ابن القاسم فـي الدين في «كتاب الصلح»، وأحد قوليه أيضا في الدم في «كتاب الجنايات».

وعلى القول بأن بقية الورثة لا يدخـلون مع المصالح فيما به صالح وأن سلطنتهـم على القائل فهل يجبـر على أن يدفع لهم سهامهـم على حساب الدية أم لا؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة» :

أحدهما: أنه لا يجبر علي أن يدفع حقوقهم من الدية، ولا سبيل لهم إلى القتل، وهو قول ابن القاسم والغير في «كتاب الصلح» من «المدونة».

والثاني: أن القاتل لا يجبر وأنه مخير إن شاء دفع وإن أبى رجع الخيار إلى الذي صالـح من الأولياء إن شاء شاركـهم فيما أخذوا وإن أبـى انتقض الصلح ويكون لـهم القتل إن شاؤوا، وهو قول ابن القـاسم في أول «كتاب الجنايات» من «المدونة».

وينبني الخلاف على الخلاف في القاتل هل يجبر على دفع الدية إن شاء أولياء القتيل أو ليس لهم إلا القتل أو العفو؟

فعلى القول بأنـه يجبر على الدفع أو تطوع بالدفـع على القول الآخر، فإذا اقتضوا منه حقوقهم على حساب الـدية فإنهم يضمونه إلى ما صالح به أخوهم ثم يقتسمون الجميع للـذكر مثل حظ الأنثيين، وهو قول أشهب في «كتاب الصلح» من المدونة، وهو تفسير لقول ابن القاسم وهو صحيح.

وقد أشار سحنون إلـى أن قول أشهب مخالف لقول ابن الـقاسم حيث

قال في غير «المدونة» : « وقول أشهب وعلي خير من قول ابن القاسم» يعني: علي بن زياد، وهو الغير الذي قال في «الكتاب»: إن صالح من حصته على أكثر من الدية أو على عرض قل أو كثر على ما ذكره بعض المحققين فإن صالح من حصته على أقل من حقه من الدية فلبقية الورثة أيضا الرجوع على القاتل بحقوقهم على حساب الدية يقسم بينهم على فرائض الله، وليس لذي صالح أن يضم ما صالح به إلى ما أخذه أصحابه في هذا الوجه؛ لأنه قد رضى بإسقاط بعض حقه عن القائل، ثم ليس له أن يدخل على أصحابه الضرر في نقصان حقوقهم؛ ولهذا قال في «الكتاب»: إذا قتل رجل عمداً وترك ابنين وبنتا فصالح أحد الابنين على أقل من خمس الدية فليس له غيره ، ويرجع الأخ والأخت على القائل بثلاثة أخماس الدية. والحمد لله.

ومسألة موضحة العمل وموضحة الخطأ أخرناها إلى «كتاب الشفعة» إن شاء الله تعالى؛ لأن ذكرها هناك أجدر وفروعها في الكتاب المذكور أكثر، والحمد لله وحده.

كتاب تضمين الصناع

كتاب تضمين الصناع

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها ست مسائل :

المسألة الأولى

في تضمين الحائك المتعدي

ولا يخلو في تعديه من وجهين :

إما أن ينقص مما كلف له ، وإما أن يزيد عليه .

فإن نقصه ؛ مثل أن يدفع له غزلاً ينسجه بسبعة في ثمانية ، فينسج له بستة في سبعة ، فالخيار لصاحب الثوب إن شاء ضمنه ، وإن شاء أخذ ما وجد .

والكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع :

أحدها : إذا اختار التضمين ، هل يضمن الحائك قيمة الغزل أو يضمن مثله ؟

والثاني : هل تنفسخ الإجارة بينهما أم لا ؟.

والثالث : إذا اختار أخذ الثوب [ق/ ٨٤/ ٢أ] ، فهل عليه جميع الأجرة أو بحساب ما عمل ؟

فالجواب عن الموضع الأول : إذا اختار التضمين ما الذى يضمن الحائك ؟ لمذهب على قولين منصوصين في «الكتاب » .

أحدهما : أنه يضمن قيمة الغزل ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه يضمن المثل ، وهو قول غيره ، ووجهه عند غيره من قبيل الموزون ، ومن أتلف موزونًا فعليه مثله ؛ لأنه من ذوات الأمثال لا من

ذوات القيم . ووجه قول ابن القاسم .

والثاني : أن الغزل من ذوات القيم كالثوب المنسوج منه ، ولا احتفال بكون الغزل منسوجًا كما لم ينظر إلى تماثله من جهة [ ] [1] وعدل فيه إلى القيمة حتى يتحقق الضبط ، ويحقق الخيط ؛ فكذلك لا اكتراث بكون الغزل موزونًا ؛ لأن التماثل يتعذر لاختلاف أصله .

واختلف إذا وجد مثل الغزل ،وقدر على نظيره على قولين :

أحدهما : أن الواجب القيمة على كل حال ؛ لأن الغزل لا يكاد يتساوى في الغلظ والرقة والضعف والقوة ، وإن وجد المثل كان نادرًا ، والنادر يعطى له حكم غالب على مشهور مذهبنا ؛ إذ القواعد لا تنقض بعد تأسيسها بآحاد المسائل ، وهذا تأويل بعض المتأخرين ، وهو الأظهر في النظر .

والثاني : أن ابن القاسم إنما تكلم في الغالب ، وأنه إذا وجد المثل قضى له به ، ويكون عليه أن ينسجه ثمانية بالأجرة الأولى ، وهو قول ابن حبيب تأويلاً على ابن القاسم .

والجواب عن الموضع الثاني : في الإجارة ، هل تنفسخ بينهما أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من المدونة :

أحدها : أن الإجارة تنفسخ بينهما ، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب» .

والثاني : أن الإجارة ثابتة بينهما ،وهو قول أصبغ ، وهو ظاهر قول الغير في «الكتاب» .

---

(١) قدر كلمة بالأصل لم أتبينها .

والثالث : التفصيل بين أن يريده للباسه ، فتنفسخ الإجارة [ ] [١] فهي ثابتة ، فلا تنفسخ بينهما ، وهذا القول حكاه اللخمي ، ولم يسم قائله .

وينبني الخلاف : على الخلاف الذي قدمناه في الغزل التالف يقضي له فيه بالمثل أو بالقيمة على قولين .

فعلى القول بالقيمة فتنفسخ بينهما ؛ لأنه غزل معين ، فإذا ذهب العين بطل العقد المختص به كرضاع الصبي ، وتعليم الغلمان .

وعلى القول بالمثل فلا معنى للفسخ ؛ لأن مثل الشيء كعينه .

والجواب عن الموضع الثالث : إذا اختار أخذ الثوب ، هل عليه جميع الأجرة أو بحساب ما عمل ؟

على أربعة أقوال :

أحدها : أن عليه جميع الأجرة ، وهو قول ابن القاسم في« الكتاب ».

والثاني : أن له من الأجرة بحساب ما عمل ، وهو قول الغير في «الكتاب » حيث قال : ينظر إلى أجرة مثله فيما شرط وأجرة مثله فيما عمل، ويسقط ما بينهما من المسمى .

والثالث : التفصيل بين أن يدخل في جميع الغزل ، فيكون له جميع الأجرة كما قال ابن القاسم ، أو يدخل فيه بعضه فيكون كما قال غيره ، وهو تأويل بعض المتأخرين على ما نقله اللخمي .

والرابع : أن معنى قوله : « إن له الأجر كله » أي : ما ينوب ذلك من المسمى لا أنه يرد إلى إجارة المثل كما ثبت عليه قول الغير ، وهو تأويل بعضهم أيضًا .

وسبب الخلاف : هل ذلك من قبيل العيوب ، أو ذلك من قبيل

---

(١) مقدار كلمتين أو ثلاثة بالأصل لم أتبينها .

النقص، فمن رأى أنه من قبيل العيوب قال : يغرم جميع الأجرة ؛ لأنه مخير بين أن يضمن الحائك ، أو يأخذ ثوبه ، وهذا حكم العيوب ، ومن رأى أنه من قبيل النقص قال : إنه يكون له من الأجر بقدر ما عمل .

والجواب عن الوجه الثاني من أصل التقسيم : وهو أن يزيد على ما كلفه ، فإن الجواب ينعكس على ما كان عليه في الوجه الأول ؛ فعلى قول ابن القاسم أنه لا شيء له ، وعلى قول الغير يكون له الأجر كاملاً ، وفيه قول ثالث بالتفصيل بين العامد والغالط ؛ فإن تعمد فلا أجرة له ، وإن غلط له الأجرة ، وهذا القول لبعض المتأخرين ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الثانية
في تضمين الصناع والأجراء
وغيرهم ممن يقبض مال غيره

ولا يخلو قابض المال من وجهين : إما أن يقبضه بإذن ربه ، أو بغير إذن ربه .

فإن قبضه بغير إذنه، فلا كلام فيه ؛ لأنه متعد ، وهو ضامن بالتعدي.

فإن قبضه بإذنه فعلى وجهين : إما أن يقبضه على وجه التمليك المؤبد أو على غيره .

فإن كان على وجه التمليك المؤبد ؛ مثل أن يشتريه شراء فاسدًا ، أو صحيحًا ، أو يوهب له ، أو يتصدق به عليه ، فهذا لا خلاف في المذهب أيضًا أن ضمانه على تفصيل في البيع الفاسد ، وقد قدمناه في موضعه .

وأما إن قبضه على غير وجه التمليك ، فذلك على ثلاثة أوجه : إما أن يأخذه لمنفعة نفسه على الخصوص ، أو لمنفع ربه على الخصوص ، أو لمنفعتهما معًا .

فإن قبضه لمنفعة نفسه على الخصوص ، فلا يخلو من أن يقبضه لينتفع به أو يرد بدله ، أو لينتفع به ،ويرد عينه .

فإن قبضه لينتفع به ويرد بدله كالقرض فهو ضامن على كل حال.

فإن قبضه لينتفع به ويرد عينه كالرهن والعارية فهذا يضمن ما يغاب عليه إلا أن تقوم بينة أن التلف بغير سببه ، ولا ضمان عليه إلا أن يثبت أن التلف من جهته .

وأما إن قبضه لمنفعة ربه على الخصوص فلا ضمان عليه فيه ـ كان مما

يغاب عليه أم لا ، قبضه على التصرف كالصناع ، أو على غير التصرف فيه كالودائع .

فإن قبضه لمنفعتهما معًا ، فإنه يغلب منفعة رب المال ، ويصدق القابض ـ كان مما يغاب عليه أم لا ، قبضه على التصرف فيه كالقراض ، أو على غير التصرف فيه كالشيء المستأجر لينتفع به ، أو كالشيء المستأجر عليه على حمله أو رعايته أو على استعماله ـ إلا في مسألتين : الصانع المتصدي، والأجير على حمل الطعام .

وأما الأجير على حمل الطعام ، فإنه يضمن إذا ادعى التلف لما يعلم بالعادة لتسارع الأكرياء من مد اليد إلى تفويت الطعام مع غيبة المالك حتى إذا قامت البينة أن الضياع من غير سبب المكري ، أو كان رب الطعام صحبته فلا ضمان عليه في تلك الحال على ما سنزيده وضوحًا وبيانًا في «كتاب الرواحل والدواب» .

وأما الأجير المتصدي في الأسواق ، والمتصدي للعمل بالأجرة للعام والخاص فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

إما أن يدعي ضمان ما أخذ ، وإما أن يدعي رده ، وإما أن يختلف مع ربه في صفة العمل .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا ادعى ضمان ما أخذوا فلا يخلو من ثلاثة أوجه : إما أن يغيب على عمل يعمله في داره أو في حانوته ، وإما أن يعمله بحضرة صاحبه ، وإما أن [يدعوه] (١) رب الشيء إلى داره ، فيعمله عنده .

أما إذا غاب على العمل في بيته أو في حانوته ثم ادعى ضياع ما أخذ فلا يخلو من أن تقوم له بينة على الضياع أم لا .

---

(١) في أ : يدعيه .

فإن قامت له بينة على الضياع ، فهل يضمن أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا ضمان عليه ، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب» .

والثاني : أنه ضامن ؛ قياسًا على قول أشهب في الرهان ، والعواري أنه ضامن مع قيام البينة .

فإن لم تقم البينة على التلف ، فلا خلاف في المذهب أنه ضامن ، وأن تضمين الأجراء ،والصناع المنتصبين مصلحة للعامة ؛ لأن بهم إلى الاستعمال مشقة بأجرة أو مضرة حافزة ، فلا يتأتى في العامة منصبًا للخياطة ، والحياكة ، والقصارة ، فاقتضت المصلحة تضمينهم سواء عملوه بأجر ، أو بغير أجر .

فإن اشترط الصانع إسقاط الضمان ، وأنه مصدق في الضياع ، هل يوفى له بشرطه [أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يوفى له به] (١) وهو قول مالك ،وابن القاسم في «الموازية» وغيرها .

والثاني : أنه يوفى له به ، وهو قول أشهب .

وعلى القول بأنه لا يوفى له بشرطه ، هل يفسخ الشرط والإجارة أم لا؟ .

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن الإجارة والشرط باطل .

والثاني : أنه إن أسقط الصانع الشرط صحت الإجارة ، وإن تماسك به

---

(١) سقط من أ .

فسخت إن لم يعمل ، فإن عمل كان له الأكثر من المسمى أو إجارة المثل .

والثالث : أن الإجارة فاسدة ، ويفسخ مع القيام ،وإن أسقط الصانع الشرط ، ويكون له مع الفوات أجرة المثل ـ قلت أو كثرت ـ قياسًا على قول مالك إذا استؤجر على رعاية غنم ، وعلى أنه غير مصدق فيما هلك حيث قال : الإجارة فاسدة وله أجرة ، ولا فرق بين إسقاط الضمان فيما فيه الضمان ، أو وجوب الضمان فيما لا ضمان فيه .

وهذا الخلاف ينبني على الخلاف الذي قدمناه في بياعات الشروط .

وأما إذا عمله بحضرة صاحبه في حانوت نفسه ، فالمذهب على قولين:

أحدهما : أن القول قول الصانع ولا ضمان عليه ، وهو قول ابن المواز، وهو ظاهر قول مالك في « المدونة » في « كتاب الجعل » ،والإجارة في الطعام المستأجر على حمله إذا كان معه صاحبه .

والثاني : أنه ضامن كما عمله بغير محضر من صاحبه ، وهو قول ابن حبيب في كتابه .

وسبب الخلاف : هل يغلب كون الصانع مشتركًا [ق/ ٨٥/ ٢أ] بصنعته في حانوت نفسه ، أو يعتبر حضور صاحب الشيء معه ، وملازمته إياه ؛ فكأنه لم يأمنه على متاعه ، وأما إن دعاه إلى داره ليعمله عنده كان القول قول الصانع إذا ادعى التلف ، وسواء حضر صاحب المتاع في حين التصنيع عنده ، فهو المصدق ؛ لأنه ها هنا أجير خاص لمن استعمله في داره ، وليس بأجير مشترك حتى إذا جلس في حانوت نفسه يكون عند ذلك أجيرًا مشتركًا ، وهو قول ابن القاسم ومالك في « الكتاب » .

والجواب عن الوجه الثاني من أصل التقسيم : إذا ادعى الصانع رد ما أخذ للعمل فلا يخلو من أن يدعي رده إلى ربه ، أو ادعى دفعه تصادقا

على أنه أمره بدفعه إليه .

فإن ادعى الصانع الرد إلى رب الشيء ، وينكر هو أن يكون قد قبضه، فهل يكون القول قول الصانع أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن القول قول صاحب الشيء ، والصانع مدع [ ] [١] وابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : التفصيل بين أن يقبضه ببينة فلا يقبل دعواه الرد إلا ببينة [ ][٢] بينة ، فيقبل قوله في الرد ، وهو قول عبد الملك في « كتاب ابن حبيب »؛ فأجراه على حكم الودائع ، وقول [ ] [٣] وسواء عنده قبضه ببينة أو بغير بينة إلا أن يقيم البينة على الرد .

فإن ادعى الدفع إلى غير [ ] [٤] وقد تصادقا على الإذن بالدفع إليه ؛ مثل أن يأذن الخياط أن يسلم الثوب بعد الفراغ لغسال ، أو صباغ [ ] [٥] بالدفع إليه من أن يصدقه على القابض أو يكذبه .

فإن صدقه في القبض والدفع ،وادعى الضياع [ ] [٦] فلا يخلو القابض الثاني من أن يكون منتصبًا أو غير منتصب .

فإن كان منتصبًا فإنه يكون ضامنًا إلا [ ] [٧] على التلف.

---

(١) قدر كلمة بالأصل لم أتبينها .
(٢) غير واضحة بالأصل .
(٣) غير واضحة بالأصل .
(٤) غير واضحة بالأصل .
(٥) غير واضحة بالأصل .
(٦) غير واضحة بالأصل .
(٧) غير واضحة بالأصل .

فإن كان غير منتصب ، فهل يقبل قوله أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن القابض الأول ضامن [ ] [١] وقوله في الضياع مقبول بعد أن يحلف الصانع لقد سلمه إليه ،ويحلف الآخر لقد ضاع منه ، والقولان [ ] [٢] وغيره في المذهب .

فإن كذب المأمور له بالدفع بالقبض ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن القول قول الصانع ، وهو قول ابن حبيب .

والثاني : أن القول قول المأمور بالقبض .

والصانع ضامن لوجهين :

أحدهما : أنه لا يقبل قوله [ ][٣] لا يقبل قوله في تسليمه إلى آخر .

والثاني : أنه لا يقبل قول المودع في تسليم الوديعة إلى يد آخر ، وفي هذا [ ] [٤] قوله .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا اختلف الصانع ومن استأجره في صفة العمل ؛ مثل أن يستأجره على أن ينسج له سبعة في ستة ، وقال الصانع : بل ستة في خمسة ، أو اختلفا في الخياطة ، فقال أحدهما : عربية ،وقال الآخر : رومية ، أو اختلفا في الصبغ ، فقال أحدهما : أحمر ، وقال الآخر : أخضر ، فلا يخلو من أن ينفرد أحدهما بالأشبه أو يشتركا فيه .

فإن انفرد أحدهما بالأشبه ؛ مثل أن يكون الصانع [ ] [٥] واحدًا ، فالقول قول مدعيه من صانع أو صاحب العمل مع يمينه قولاً واحدًا .

(١) غير واضحة بالأصل .
(٢) غير واضحة بالأصل .
(٣) غير واضحة بالأصل .
(٤) غير واضحة بالأصل .
(٥) غير واضحة بالأصل .

فإن ادعى بكل واحد [ ] [١] أو لم يدعه واحد منهما لكون الصانع ممن يعمل الصنفين أو ادعى الصانع نوعًا لا يعمل مثله في [ ] [٢] وادعى رب العمل نوعًا لا يعمله الصانع ولا يحسنه ،وكان اختلافهما بعد فوات العمل فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من المدونة :

أحدها : أن القول قول الصانع أنه لم يتعد ،وأن الإجارة كانت [ ] [٣] ويسقط عنه حكم التعدي ويستحق المسمى من الإجارة ،وهو قول مالك .

والقول الثاني : [ ] [٤] الصانع في طرح العداء ، والقول قول صاحب الثوب في الأخذ ، ويكون عليه الأقل من المسمى أو أخذ [ ] [٥] لا أن يكون المسمى الأقل فلا يمين عليه ،وإن أحب الصانع أن يبقى معه شريكًا بالصنعة كان ذلك له ، وهو قول [ ][٥].

والقول الثالث : أن القول قول صاحب الثوب مع يمينه أنه لم يستأجره على ذلك ، ويضمنه قيمة الثوب إن أحب ، وهذا القول يؤخذ من «كتاب الوكالات » من « المدونة » من أحد قولي مالك في الوكيل يشتري تمرًا، ويقول : بذلك أمرتني ، وقال الآمر : أمرتك بقمح ، فقد قال ابن القاسم عن مالك: القول قول الآمر ، وكلاهما أمينان؛ هذا أمين على ما يشتريه ، وهذا أمين على ما يصنعه ، وهو في الصانع أبين إلا أن يقبل قوله ؛ لأنه بائع لصنعته ومنافعه ؛ فكان القول قول المشتري أنه لم يشتر منه شيئًا [والحمد لله وحده] [٦].

❑❑❑

(١) غير واضحة بالأصل .

(٢) غير واضحة بالأصل .

(٣) غير واضحة بالأصل .

(٤) غير واضحة بالأصل .

(٥) غير واضحة بالأصل .

(٦) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الثالثة
في تضمين الصناع بالشك

اعلم ـ أرشدك الله ـ أن هذه الترجمة تشكل على المستطرف صورتها ، وعلى الشادي حقيقتها ؛ فالأولى صرف العناية إلى شرحها ليزول الإشكال عنها ، وبيان ذلك في ثلاث صور :

أحدها : أن يعلم أصل السبب نفسه .

والثانية : إذا أشكل السبب .

والثالثة : أن يتيقن السبب نفسه ، ويشكل وجهه .

فالجواب عن الصورة الأولى : إذا علم السبب وجهل تناوله المجمل المتداعى فيه ، مثل أن يسرق بيت الصانع أو يحترق ، أو تغرق مركبه ، وادعى الصانع حضور الثوب في تلك الواقعة ، فلا يخلو من أن يثبت ذلك ببينة أم لا .

فإن لم يثبت ذلك ببينة ، ولا كان إلا مجرد دعواه ، فإنه يضمن قولاً واحدًا في المذهب .

فإن ثبت ذلك ببينة عاينت الثوب في النار حتى احترق أو حتى سرق ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا ضمان على الصانع ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» .

والثاني : التفصيل بين السرقة والحريق ؛ فيضمن في الحريق دون السرقة، وإن عاينت البينة الثوب في النار ؛لاحتمال أن يكون من سببه ،

وهو قول مالك في « الموازية » .

ووجه قول ابن القاسم : أن النار غالبة فاعلة بنفسها ؛ فأشبهت الفأر والسوس .

ووجه قول مالك : أن النار سببها الإنسان وهو موقدها ،وإن إحراقها يحتمل أن يكون لأجل تصرفه بها ، فيسقط منها ما أحرق ، أو لكونه أوقدها بقرب ما أحرقت .

والجواب عن الصورة الثانية : إذا أشكل السبب ؛ مثل أن يأتي بالثوب وبه أثر مبهم ، فيدعي أنه من قرض فأر ، أو حرق نار ، ولم يتبين ذلك للناظر فيه ، فإنه لا يضمن قولاً واحدًا في المذهب فيما علمت .

والجواب عن الصورة الثالثة : إذا تيقن السبب نفسه ، وأشكل وجهه كالفران يأتي بالخبز محروقًا فيدعي أنه مغلوب ، أو يرى الثوب في النار ، ولم يعلم هل السبب اختياري أو اضطراري ، أو يرى في الثوب قرض ، ولم يعلم هل صنع أم لا ، أو غير ذلك مما تبقى فيه وجوه السبب ، وعلم عينه ، فهل يثبت الضمان أو يسقط ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : إثبات الضمان عليهم تمسكًا بالأصل حتى يتبين خلافه ، وهو قول مالك في « الكتاب » في قرض الفأرة .

والثاني : نفى الضمان عليهم لوضوح نفس السبب ؛ إذ لا يثبت التعدي بالدعوى ، وهو قوله في « الكتاب » في احتراق الخبز عند الفران ، وبه قال ابن حبيب [والحمد لله وحده] [١].

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الرابعة
في الصانع يدفع الثوب إلى غير ربه غلطًا، أو البائع يدفع غير الثوب إلى المشتري غلطا

أما السؤال الأول : إذا دفع غير الثوب إلى غير ربه غلطا: معناه إذا دفع إلى كل واحد منهما غير ثوبه ، فلا يخلو حالهما من أربعة أوجه :

إما أن يلبساهما جميعًا ، أو لا يلبساهما جميعًا ، أو لبس أحدهما دون الآخر. أو فصل أحدهما الثوب الذي أخذ ، وقد لبس الآخر ولم يلبس .

فأما الوجه الأول : إذا لبس كل واحد منهما الثوب الذي أخذ فلا يخلو لباسهما من أن يكون لباسًا ينقص تلك الثياب أو لا .

فإن كان لباسًا لا يؤثر في نقصان الثياب ليسارته ، فكل واحد منهما يأخذ ثوبه ، ولا شيء لواحد منهما على صاحبه ،ولا على الصانع .

فإن كان لبساهما لبسًا يؤثر في نقص الثياب فلا يخلو من أن يكونا عالمين ، أو جاهلين ،أو أحدهما عالم ،والآخر جاهل .

فإن كانا عالمين ولبس كل واحد منهما ثوب صاحبه وهو يعلم ، وإن اختلف نقصان ذلك رجع من له الفضل على صاحبه ، وإن لم يكن في القيمة فضل فلا شيء لواحد منهما على صاحبه .

فإن لبسا ولم يعلما ، فإن كان بينهما فضل رجع بذلك من له الفضل على الصانع ، وهو قول سحنون على ما نقله الشيخ أبو محمد .

فإن علم أحدهما وجهل الآخر ، فإن الجاهل يرجع على العالم بما نقص اللبس من ثوبه ؛ لأنه هو المباشر إن كان موسرًا ، وإن كان معسرًا رجع على الصانع ثم يتبع الصانع ذمة اللابس بذلك ،والعالم يرجع على

الصانع بقيمة ما انتقص من ثوبه في اليسر والعسر ، ولا شيء له على الجاهل ؛ لأنه لبس بوجه شبهة .

فإن تلف [ق/ ٨٦/ ٢أ] الثوبان عندهما جرى على التفصيل الذي قدمناه في العلم وعدمه ؛ فإن علما رجع من له الفضل على صاحبه مع اليسر ، ومع العسر يرجعان على الصانع بالفضل .

فإن جهلا فالصانع خاصة يتبع بالفضل .

وإن تلف أحدهما وبقي الآخر فعلى هذا التفسير . وهذا رواية ابن القاسم ،وأشهب عن مالك في « الموازية » ، وبه قال ابن الماجشون .

وظاهر قول أشهب في « الموازية » خلاف روايته ؛ وذلك أنه قال : فإن لبساهما حتى أخلقاهما ضمن كل واحد قيمة الثوب الذي لبس يغرمها لربه، وإن لم يخلقاهما فعلى كل واحد منهما ما نقص لبسه من الثوب الذي لبسه هو ، ولا شيء على الصانع ، فإن كان أحدهما عديمًا رجع صاحب الثوب على الصانع ، وظاهره ألا فرق بين العلم وعدم العلم ، والله أعلم .

وأما الوجه الثاني : إذا لم يلبساهما فلا يخلو من أن يكونا قائمين ، أو فائتين .

فإن كانا قائمين ، فإن كل واحد منهما يرد الذي عنده ،ويأخذ متاعه .

فإن كانا فائتين فلا يخلو من أن يكون فواتهما بسبب سماوي أو بسبب آدمي .

فإن كان بسببه فعلى ما قدمناه في فصل اللباس .

فإن كان بسبب سماوي ، فالتفصيل بين العلم وعدمه ؛ ففي العلم يكون مراجعة بينهما مع اليسير ولا شيء لها على الصانع إلا في عسرهما

أو عسر أحدهما ، وفي الجهل قولان :

أحدهما : كالعلم على ظاهر قول أشهب .

والثاني : مراجعتهم على الصانع خاصة ، وكل واحد منهما يتبعه بقيمة ثوبه .

وأما الوجه الثالث : إذا لبس أحدهما دون الآخر فعلى التفصيل والتحصيل الذي قدمناه ؛ فإذا لبسا أو لم يلبسا ، وقد علما أو جهلا ؛ فلا فائدة للتكرار .

وأما الوجه الرابع : إذا فصل أحدهما الثوب الذي أخذ وقد لبس الآخر، أو لم يلبس : أما اللباس فقد تقدم حكمه ، وأما التفصيل إذا فصل أحدهما الثوب الذي أخذ من عند القصار مثلاً وخاطه فلا يخلو ما أحدث فيه الآخر من أن يكون قد زاد في ثمنه ، أو نقص منه .

فإن زاد في قيمة الثوب فصاحب الثوب بالخيار أن يدفع أجرة خياطته ، ويأخذ ثوبه ،ويعطي القصار الأجرة ، ولا يرجع عليه بأجرة الخياطة ، فإن أبى أن يدفع أجرة الخياطة فقد اختلف فيه على قولين :

أحدهما : أن الخيار للذي خاطه بين أن يعطيه قيمته صحيحًا ، أو يسلمه بخياطته على قولين :

أحدهما : أن الخيار للذي خاطه بين أن يعطيه قيمته صحيحًا ، أو يسلمه بخياطته ، فإن أسلمه كان صاحب بالخيار بين أخذه أو تركه ، ويضمن القصار ، وهذا قول ابن القاسم في « المدونة » ، و« الموازية » وغيرهما .

ويخيره الخياط بين غرم قيمته ، أو يسلمه مخيطًا ، ووقع في بعض روايات المدونة من رواية عبد الجبار .

والـثـانـي : أن رب الثوب إذا دفـع أجر الخياطة فـليس له إلا تـضمين القصار، فإن ضمنه قيل للقصار :ادفع أجر الخياطة إلى الذي خاطه وخذه، فإن أبى قيل للآخر : ادفع إليه قيمة الثوب ، فإن أبي هل يكونا شريكين أم لا ؟ على قولين :

أحدهـما : أنهما يكونا شريكين ، وهو قول سحنون في أن رب الثوب ليس له إلا تضمـين القصار إذا أبى من دفع أجر الخياطـة ، وفي أن القصار والخياط يكونان شريكين .

والثاني : أنهما لا يكونان شريكين ، وأن القصار إذا ضمنه رب الثوب، فلا مراجعة بينه وبين الخياط ، وهو قول ابن القاسم في« الكتاب ».

وقول سحنون وقع في بعض روايات المـدونة ، وهو منصوص في كتب المذهب .

فإن كان ما أحدث فيه نقص من ثمنه ، واختار ربه أخذه هل يغرم أجر الخياطة أم لا ؟

على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدهـا : أنه لا يأخذها حتى يغرم أجر الخـياطة جملة ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

والثاني : التفصيل بين أن تنقصه الخياطة أو لا تنقصه ؛ فإن نقصته فإن له أجرة ولا غرم عليه للخياطة ، وهو قوله في بعض روايات « المدونة » ، وهو قول مـشهور في « كتـاب محمد » وغـيره ، والثاني أنـه لا شيء في الخياطة ، وإن زادت قياسًا على أحد القولـين فيمن استحق حبه وقد طحن أنه له أخـذه ولا شيء على المستـحق ؛ لأن الطحن والخيـاطة ليسا بصـنعة أضيفت إليهما كالصبغ .

فإن قطعه ولم يخطه حتى تفطن له ، وقد نقصه القطع هل يغرم للقاطع ما نقصه القطع إذا اختار ربه أخذه مقطوعًا أم لا ؟

على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنه لا شيء له على القاطع ـ زاد أو نقص ـ وهو قول ابن القاسم .

ووجهه أنه لما كان قادرًا على أخذ قيمته من القصار صحيحًا ،ولا يكون للقصار على القاطع شيء ؛ لأنه سلطه على القطع ، ووجب أن يتنزل رب الثوب منزلة القصار .

والثاني : أن للقصار أن يضمنه قيمة القطع قياسًا على قول محمد في «الكتاب » فيمن اشترى ثوبًا ، فأعطاه البائع غيره فقطعه المشتري أن عليه قيمة القطع يريد : لأن البائع سلمه ،وهو يرى أنه مجبور على تسليمه ؛ وكذلك القصار كأنه مجبور على التسليم .

والثالث : أنه لا شيء على القاطع ،وإن كان القصار عديمًا ؛ قياسًا على أحد القولين فيمن اشترى عبدًا فقتل رجلاً خطأ أن له أن يرده بالعيب، ولا شيء عليه من دية المقتول .

فعلى القول بأنه لا شيء عليه من قيمة القطع ، فإن اختار تضمين الخياط قيمة ثوبه ، هل يغرم قيمته صحيحًا أو مقطوعًا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يغرم قيمته صحيحًا ، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب»، وهذا مخالف لقوله : إنه لا يغرم لنقص القطع .

والثاني : أنه يغرم قيمته مقطوعًا ، وهذا القول موافق لقوله لا يغرم للقطع شيئًا ،والله أعلم .

والجواب عن السؤال الثاني : في البائع يدفع غير الثوب الذي باع

غلطًا، فلا يخلو الثوب من أن يكون قائمًا بيده ، أو فائتًا .

فإن كان قائمًا بيده ، فإنه يرده ، ويأخذ الذي اشترى .

فإن فوته المشتري بالقطع أو غيره ، فلا يخلو الثوب الذي أخذ منه المشتري من أن يكون أعلى من الثوب الذي اشترى أو دونه .

فإن كان أعلى ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يكون للمبتاع بثوبه ، وهي رواية أشهب عن مالك في «العتبية » ، وقال مالك في العتبية ؛ لأنه يقول أردت ثوبًا بدينارين ،ولم أرد ثوبًا بعشرين .

والثاني : أن للبائع أخذ الثوب مقطوعًا بلا غرم ، ويدفع للمشتري ثوبه الذي اشتراه ، وهو قول ابن ميسر في « العتبية » وهو قول مالك ، وابن القاسم في « المدونة » ولم يفصل.

فإن كان الثوب الذي أخذ منه المشتري دون الثوب الذي اشترى ، فالمبتاع مخير بين أن يرده ، ويأخذ ثوبه ، أو يتماسك ؛فإن اختار رده وقد نقصه القطع هل يرد معه ما نقصه القطع أم لا ؟

على قولين قائمين من « الكتاب » :

أحدهما : أنه يرده ، ولا شيء عليه في القطع ؛ لأن القطع ليس بزيادة ولا نقصان ، وهو قوله في « المدونة » .

والثاني : أنه يرد معه ما نقص القطع ، وهو قول مالك في «العتبية ».

فإن اختار التماسك ، هل يغرم قيمته يوم القطع أو يوم أخذه؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يغرم قيمته يوم أخذه ، والقولان لمالك في « العتبية ».

فإن اختار التماسك فله أن يأخذ ثوبه الآخر الذي اشترى ، وله أن يتركه ؛ لأنه يقول : إنما أردت ثوبًا ، ولم أرد ثوبين ، وهكذا قال مالك في « العتبية » .

واتفقوا إذا خاطه بعد القطع ، واختار الرد أن صاحبه البائع لا يأخذه حتى يغرم أجر الخياطة ، والخلاف فيما نقصه القطع هل يغرمه المشتري أو لا يغرمه ؛ يبنى على الخلاف في المخطئ في مال نفسه ، هل هو كالمخطئ في مال غيره أم لا ؛ فمن رأى أنه كالمخطئ في مال غيره ، فقال: يغرم المشتري ما نقصه القطع ، وليس خطأ المشتري بالذي يضع عنه أرش تلك الجناية ، وإن كانت قد استندت إلى إذن المالك غير أن ذلك الإذن صدر على وجه الخطأ لا على وجه الإذن والرضا المحض ؛ لأن ذلك منه ظن أن الثوب للمشتري ، ومن رأى أنه ليس كالمخطئ في مال غيره ، قال: لا يلزم المشتري ما نقصه القطع ؛ لأن البائع سلطه على القطع بتسليمه الثوب إليه .

وقد وقع في المدونة مسائل تنبني على هذا الأصل منها : قوله في «كتاب المرابحة » فيمن اشترى بمائة وعشرين ثم أخطأ ، فباع بمائة وعشرة مرابحة ، وفاتت السلعة بيد المشتري ، فقال ابن القاسم : له قيمة سلعته ما لم تكن أكثر من مائة وعشرين وربحها أو أقل من مائة وعشرة يربحها ، فجعله في هذه المسألة كالمخطئ في مال غيره .

وله في « كتاب الوكالات » خلاف [ق/ ٨٧/ ٢أ] هذا في الذي دفع إلى رجل مائة دينار يشتري له بها جارية ، فاشترى جارية [بمائة] (١) وخمسين فأخطأ فلم يخبره بزيادة الخمسين حتى أجلها الآمر ، فقال ابن

(١) سقط من أ .

القاسم : لا شيء للمأمور في ذلك فأخذه بخطئه ،ولم يجعله كالمخطئ في مال غيره ، وقال سحنون : هي كمسألة المرابحة [والحمد لله وحده][1] .

❑❑❑

---

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الخامسة

في الحكم بين أهل الذمة

ولا يخلو ما يظَّالموا فيه من أحد وجهين :

إما أن يكون مما هو حق لله تعالى ، أو مما هو حق للآدميين .

فإن كان مما هو حق لله تعالى كالدماء والربا ، والفروج ، والطلاق ، والعتاق ، فلا يخلو من أن يطلبوا أن يحكم بينهم بحكم دينهم ، أو بحكم الإسلام .

فإن طلبوا أن يحكم بينهم بحكم دينهم ، فلا يجوز ذلك ولا يحل بالإجماع.

فإن طلبوا أن يحكم بينهم بحكم الإسلام ، هل يتعرض بينهم أم لا ؟

فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أنه لا يحكم بينهم بحكم المسلمين جملة من غير تفصيل ، وهو قوله في « كتاب تضمين الصناع » في الحكم بينهم بالربا ، و« كتاب الرجم » في المسلم إذا زنا بالذمية حيث قال : يحد المسلم وترد هي إلى أهل دينها ، واللذين حكم النبي ﷺ فيهما بالرجم لم يكونا أهل ذمة ، وقال في موضع آخر : وإنما حكم بينهم بالتوراة.

والثاني : أن الحكم جائز بينهم بما تقتضيه شريعة الإسلام ، وهو قوله في « كتاب العتق الثاني » : إذا عتق عبده واعترف بذلك ، وأبى أن يرفع يده عن خدمته ، وتحاكما إلينا حيث قال : يحكم عليه بعتقه ، ويلزم ذلك في الطلاق ،والربا وغيرهما من سائر الحدود .

والثالث : أنه يجوز له أن يتعرض إليهم ، ويتصدى للحكم بينهم ، ويحكم بينهم بأن لا يلزمهم طلاق ولا عتق ولا ربا ، وهو ظاهر قوله في «كتاب النكاح الثالث » من « المدونة » على تأويل بعض الشيوخ على ما بيناه في موضعه ؛وذلك إذا ترافعوا إليه ؛ لأن أصل معاوضتهم وعقد أنكحتهم فاسدة في أصلها .

والقول الرابع : التفصيل بين الربا وغيره ، فلا يجوز أن يحكم بينهم في الربا ، ويجوز فيما عداه ، وهو قوله في « كتاب تضمين الصناع » ، وهو تأويل بعضهم على قول مالك في « كتاب الغصب » من « المدونة » حيث قال : وترك الحكم بينهم أحب إليّ ، قالوا : معناه : في الربا خاصة، وعليه اختصرها بعض المختصرين كأبي سعيد وغيره ؛ وذلك أن الربا محرم عليهم ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ ﴾ [(١)]، فإذا تخاصموا وتحاكموا إليه في طلب استيفائه فلا يساعدهم على ذلك ، وهو الأظهر .

وأما لكونهم مخاطبون بفروع الشريعة وذلك يعم جميع ما ذكرناه من الطلاق ،والعتاق ، وغير ذلك .

وأما ما هو حق للعباد مما يجري بينهم من التظالم ، فهل يجوز الحكم بينهم أم لا ؟

فلا يخلو من أن يكون ذلك بعد الترافع إلينا ، أو قبل الترافع .

فإن كان قبل الترافع إلينا ، فهل يجوز للحاكم التعرض لهم ،والحكم بينهم أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

(١) سورة النساء الآية (١٦١) .

من غير ما موضع .

والثاني : أنه يجوز التعرض لهم ودفع الظالم منهم عن المظلوم في امتناع دفع الثمن أو المثمون أو تعدى بعضهم على بعض ، وهو ظاهر قوله في كتاب تضمين الصناع من « المدونة » حيث قال : لأن هذا من التظالم الذي لا ينبغي للحاكم أن يتركهم عليه .

فإذا كان ذلك بعد الترافع إلينا ، فهل يجب الحكم بينهم أم لا ؟

على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدها : أنه يجب على الحاكم الحكم بينهم ،وهو ظاهر قوله في «كتاب الغصب » من « المدونة » حيث قال : إذا تظالم أهل الذمة في غصب الخمر قضينا بينهم فيها ؛ إذ هي من أموالهم .

والثاني : أنه مخير إن شاء حكم بينهم ،وإن شاء ترك ، وهو قوله في «كتاب تضمين الصناع » .

والثالث : أن ترك الحكم بينهم أولى من الحكم بينهم ، وهو ظاهر «المدونة » .

وقد قال في بعض روايات « المدونة » : وترك الحكم بينهم في كل شيء أحب إليّ ، وهو تأويل بعضهم أيضًا على ما في « كتاب الغصب » ، [والحمد لله وحده] (١) .

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة السادسة
في الذي وقع له رطل زيت
في زق زنبق، والشعير يختلط مع القمح

أما الزيت مع الـزنبق فقد اختلف المذهـب في صفة الحكم بينـهما على قولين في «المدونة » :

أحدهـما : أن صاحب الزنبق بالخيار بين أن يغرم رطل الزنبق لصاحب الزيـت أو يسـلم لـه رطلاً مـن زق الزنبـق ، وهو قـول ابن الـقاسـم في «الكتاب» .

والثاني : أنه لا يلزم صاحب الزنبق أن يشتري له مثل ذلك الزيت ،ولا أن يعطي تـلك المكيلة من ذلـك الزنبق ، ولكن يبـاع فيقسمان الثـمن على قيمة الـزيت والزنبق هذا بقـيمة زنبقه معـيبًا ؛ لأن الزيت يعيـب الزنبق لا محالـة ـ وهذا بقيـمة زيته إما مـعيبًا ،وإمـا سليمًا عـلى حسب نـظر أهل المعرفة، وهو قول سحنون في « الكتاب » أيضًا .

وأمَّا القمح والشعيـر فيختلـطان فلا يخـلو من أن يـكون بتعد أو بغير تعد .

فإن كان بغير تعد من أحد ، فإنهما يكونان شريكين فيه على القيمة هذا بقيمة قمحه معـيبًا ، وهذا بقيمة شعيره غير معيب ؛ فيـباع ويقسمان الثمن على تلك القيم قولاً واحدًا .

فإن تراضيا على قـسم المخلوط فلا يخلو من أن يقسمـاه على القيم أو على قدر المكيلة .

فإن اقتسماه على القيم ، فلا يجوز ؛ لأن ذلك ربا ، وكل واحد منهما

قد أخذ بعض متاع صاحبه ؛وذلك يؤدي إلى التفاضل في الجنس الواحد ، وهو حرام .

فإن اقتسماه على قدر المكيلة ، هل يجوز ذلك أم لا ؟ ، فإنه يتخرج على قولين :

أحدهما : الجواز ؛ لأن كل واحد منهما أخذ قدر حقه ، ولا تفاضل في ذلك .

والثاني : أن ذلك لا يجوز ؛ لأن ذلك مخاطرة ،وكل واحد منهما لا يدري ما يصح له من القمح ، وما يصح له من الشعير ؛ وذلك عين المخاطرة .

فإن اختلط بتعد ، فلا يخلو من أن يكون بتعد من أحدهما أو بتعدي أجنبي .

فإن كان بتعد من أحدهما ، فإن المتعدي يكون ضامنًا لكل ما استهلك .

فإن كان بتعدٍ من أجنبي ، فلكل واحد منهما اتباع المتعدي بمثل ما استهلك بالخلط ، ويكون الطعام المخلوط له ، وهذا إذا كان له مال .

فإن لم يكن له مال ، فإن الطعام المخلوط يباع عليه ، ويشتري لهما بثمنه مثل طعامهما ، فما عجز اتبع به ، وما بقى من الثمن كان له .

فإن طلب أن يباع لهما ، ويقسما ثمنه على قيمة ما لكل واحد منهما ، فالمذهب في ذلك على قولين :

أحدهما : أن ذلك جائز ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن ذلك لا يجوز ، وهو قول أشهب ، وهو أظهر في النظر ؛ لأن كل واحد منهما انتقل من مكيلة معلومة إلى مكيلة مجهولة ؛ إذ لا يدري كم يقع له من ثمن القمح ، والشعير إذا بيع ، وذلك من باب انتقال

المعقول إلى المجهول .

فإذا رفع الضمان إلى أن يكون لهما المخلوط يقسمانه على طعام كل واحد منهما ،هل يجوز ذلك ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك جائز لهما ، وهو قوله في « كتاب محمد » بناء على أن التضمين إنما هو حق لهما ، فإذا رفعا التضمين كان لهما قسمة ذلك على الكيل بالتراضي .

والثاني : أن ذلك لا يجوز ، وهو تأويل سحنون على قول أشهب.

واحتج أشهب بقول : لو قال أحدهما : أنا آخذه كله ، وأغرم لصاحبي مثل طعامه أن ذلك لا يجوز ؛ فكأنه أخذ بما وجب له على المتعدي قمحًا وشعيرًا على أن يعطي عن المتعدي شعيرًا ؛ ولأن أحدهما لو اتبع المتعدي بمثل طعامه لم يكن للآخر أن يقول : أنا أكون لك شريكًا .

فإذا رفعا جميعًا العداء عنه ،وقد ترتب حق كل واحد منهما في ذمة المتعدي ، وصار الطعام المخلوط له ، فلا يجوز لمن له قمح أن يأخذ قمحًا وشعيرًا عن قمح ، ولا لمن له شعير أن يأخذ قمحًا وشعيرًا عن شعير ، والحمد لله وحده .



كتاب الجعل والإجارة



كتاب الجعل والإجارة

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها سبع عشرة مسألة :

المسألة الأولى

في البيع والإجارة

وإذا باع سلعة بمائة دينار على أن يتجر له المشتري في ثمنها سنة ، فقال في « الكتاب » : إن ذلك جائز إن كان اشتراط إن تلف المال أخلفه البائع حتى يتم عمله بها سنة ، وإلا فلا خير في ذلك ، فهذا نص قوله في «المدونة » ، وشبهها بمسألة الراعي ؛ فالكلام في هذه المسألة على خمسة أسئلة :

أحدها : خلف المال وإخراجه من الذمة .

والثاني : معرفة الصنف الذي يتجر فيه .

والثالث : الحكم في الوضيعة والربح .

والرابع : إذا استحقت السلعة ، أو ظهر بها على عيب.

والخامس : موت المشتري أو مرضه قبل أن يوفى المدة .

فالجواب عن السؤال الأول : في خلق المال إن تلف قبل انقضاء المدة ، فلا يخلو حالها بين العقد من ثلاثة أوجه : إما أن يشترط خلف الدنانير إن ضاعت ، وإما أن يشترط ألا يخلفها ، وإما أن يهمل الأمر [ق/ ٨٨/ ٢أ].

فإن اشترط خلف الدنانير إن ضاعت قبل تمام المدة ، فلا إشكال في جواز ذلك وصحته على القول باجتماع الإجارة والبيع ، وهو مشهور المذهب ، وقد حكى القاضي أبو محمد عبد الوهاب في المذهب قولاً

بالمنع، وهو من شواذ المذهب .

ويستحب للمشتري أن يشهد على إخراج الثمن من ذمته إلى أمانته ، ويقبل قوله فيما يدعيه من تلف أو خسران .

فإن لم يشهد على إخراجه ، فلا تخلو ملابسته للتجارة من أن تكون مما يظهر أنه يتجر للبائع أو يشكل أمره.

فإن كان مما يظهر أنه للبائع يتجر ؛ مثل أن يكون قد سمى له نصفًا لا يتعداه في المتجر أو كان قبل ذلك لا يشتغل بالتجارة ، فعند معاملته للبائع اشتغل بها ،وحبس في دكان يبيع ويشتري ،ويكلف الأسفار ، وشد الرحال إلى الأقطار مما لم تكن عادة ، فإ ذلك يقوم مقام الإشهاد قولاً واحدًا.

فإن ادعى وديعة قبل قوله ، وإن أتى بربح أخذ منه .

فإن أشكل أمره وجهل حاله ، ولا يدري هل لنفسه يتجر أو للبائع ، فهل يقبل قوله إن ادعى الضياع أم لا ؟

فلا يخلو من أن يدعيه قبل الاشتغال أو بعده .

فإن ادعى ضياع المال قبل أن يشغله في البيع والشراء فلا يصدق ، وإن ادعى ضياعه بعد الاشتغال صدق ،ويؤخذ منه الربح إن جاء به ،وهو قول ابن القاسم في « العتبية » فيمن أمر غريمه أن يشتري له بما له عليه من الدين سلعة ، فقال المشتري : قد اشتريتها وضاعت إن القول قوله ، يريد :لأنه مؤتمن على الشراء ، فكان القول قوله أنه فعل ما اؤتمن عليه ، وهو في مسألتنا أبين ؛ لأنهما لو شاءا أن يعقدا البيع على ما أتى به الآن من الثمن وربحه جاز ، بخلاف الدين يتقرر في الذمة على أن يتجر فيه ، ثم يتجر فيه بعد ذلك ، فذلك يتهم فيه إلى أن يقصد فيه إلى سلف

جر نفعًا .

وأما الوجه الثاني : إذا اشترط البائع ألا يخلفها إذا ضاعت وأن يحاسبه بقدر ما عمل فلا يخلو من أن يكون البائع ممن يتعذر عليه الخلف أو لا يتعذر عليه .

فإن كان ممن يتعذر عليه الخلف جاز ذلك ، وإن كان ممن لا يتعذر عليه فلا تخلو الإجارة من أن تكون يسيرة أو كثيرة .

فإن كانت كثيرة مثل نصف عين السلعة فأكثر ، فإن ذلك لا يجوز ؛ لأن ذلك بيع بثمن مجهول ؛ إذ لا يدري هل يبقى له الثمن إلى انقضاء أمد الإجارة أو يتلف قبل ذلك فيؤول الأمر إلى أنه باع سلعته بثمن مجهول .

فإن كانت الإجارة يسيرة فالمذهب يتخرج في جوازه على قولين : أحدهما : الجواز ، والآخر : المنع .

وينبني الخلاف على الخلاف في الغرر اليسير هل يؤثر في عقول المعاوضات أم لا ؟

وأما الوجه الثالث : إذا أهمل الأمر ، ولم يتعرض لاشتراط الخلف ، ولا إسقاطه هل يجوز العقد والحكم يوجب الخلف أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز إلا باشتراط الخلف ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » في أول « كتاب الجعل والإجارة» .

والثاني : أنه يجوز ،وإن لم يشترط الخلف والحكم يوجبه ، وهو قول سحنون ، وأصبغ ، وابن حبيب ، وهو قائم من « المدونة » من غير ما موضع أن الإجارة لا بموضع المناولة إلا في أربع مسائل ، وقد ذكرناها فيما

سلف من الكتاب .

والجواب عن السؤال الثاني : في معرفة الصنف الذي يتجر فيه فلا ثلاثة شروط :

أحدها : أن يسمى صنفه .

والثاني : أن يكون مأمون الوجود في الشتاء والصيف .

والثالث : أن يكون المشتري ممن يريد التجر متصلاً في الشراء والبيع .

فإن انخرم شرط من هذه الشروط فسد العقد .

وقولنا أن يكون التجر متصلاً احتراز من أن يشتري شيئًا ، فيرفعه ينتظر به الأسواق ، فإن لا يجوز ؛ لأنه غرر وخطر ؛ إذا لا يدري هل يتغير سوقه في السنة مرة أو مرتين أو أكثر ، أو يكسد جملة فيتخرج السنة ولم يبع فلا يدري ما باع من منافعه ولو شطر أنه يتجر فيه في تلك السنة مرتين لم يجز أيضًا ؛ لأنه فقد بعض السلعة من منافع رجل بعينه يقتضيها إلى الأجل .

والجواب عن السؤال الثالث : في الربح والوضيعة إذا كان في المال : أما الربح فلا يخلو من أن يشترط عليه العمل به في المال ، أو لم يشترط .

فإن اشتطر العمل به مع المال جاز ذلك إذا كان أمرًا معروفًا متعارفًا متلاحقًا بعضه ببعض ، ويجري فيها قول آخر أن ذلك لا يجوز ؛ لأنه غرر وحظر ؛ إذ لا يدري هل يكون أو لا يكون ؟ فإذا كان هل يقل أو يكثر ؟ وهو الأظهر في النظر .

فإن لم يشترط العمل فيه مع المال ، فالحكم فيه كالحكم في ولادة الغنم في حكم الرعاة ، وقد قال في حكمهم أنهم يحملون على العرف إن كان هناك عرف ، وإلا فلا يلزمهم الرعي إلا بأجر ؛ لأن ذلك زيادة

عناء وتعب .

وأما الوضيعة ، فإن اشترط عليه إن خسر في المال عمل فيها بقى خاصة ، وكأنه جميع المال فإنه ينظر فإن كان في أصل العقد ، فيفسخ ؛ لأن ذلك مخاطرة ، فإن كان بعد العقد ، فينبغي أن يجوز .

والجواب عن السؤال الرابع : إذا استحقت السلعة المبيعة أو ظهر بها على عيب ،ولم تفت السلعة ، فإذا كان بعد أن عمل نصف السنة مثلاً كان للمشتري أن يسلم للبائع ما في يديه على هيئته وقت الاستحقاق ووجود العيب ، وإن كان عروضًا ، ثم يرجع على البائع بمائة دينار ، وبأجرة المثل عن الشهور الماضية .

فإن فاتت السلعة في العيب بهبة أو صدقة ، أو تلف ، فإنه يرجع على البائع بقيمة العيب ؛ فإن كانت قيمته العشر رجع بعشرة دنانير ،وبعشر قيمة المنافع عن الشهور الماضية ، ويسقط عنه الفضل في المستقبل في عشر المائة ، ويكون له أن يتجر لنفسه في قدرهما ، وإن كان لا يقدر أن يتجر فيها ناحية كان له أن يتجر في جميع المائة ، ويلزم البائع قيمة عشر المنافع في المستقبل ، ويصير بمنزلة ما لا ينقسم .

فإن فاتت بعيب ، فأحب التماسك ، فإنه يرجع بقيمة العيب حسبما تقدم لو هلكت أو خرجت من يده ، فإن أحب أن يرده رده ، وما ينوب العيب من الثمن .

فإن قيل : إنه ينقص العيب الذي حدث عند المشتري العشر من الثمن - وهو التسع بعد طرح قيمة العيب القديم - رجع المشتري بتسعين ديناراً أو قيمة تسعة أعشار المنافع عن الماضي ، ويسقط العمل في المستقبل .

والجواب عن السؤال الخامس : إذا مات المشتري فلا يخلو من أن يموت

قبل العمل ، أو بعد أن عمل نصف السنة .

فإن مات قبل العمل ، فلا تخلو السلعة من أن تكون قائمة أو فائتة.

فإن كانت قائمة نظر إلى قيمة الإجارة ؛ فإن كانت مائة فأكثر رجع البائع شريكًا فيها بقدر الإجارة ، ويرجع الخيار لورثة المشتري ، فإن رضوا بعيب الشركة ، وإلا رد ، وإن كانت الإجارة الثلث فأقل ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن البائع بذلك قيمة في مال الميت ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه يرجع شريكًا للورثة ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : الثلث هل هو في حيز اليسير ، أو في حيز الكثير .

فعلى قول أشهب أنه شريك ، فإن الخيار يرجع إلى الورثة لضرر الشركة .

فإن فاتت السلعة ، فإنه لا فرق بين القليل والكثير ، ويرجع عليهم المشتري بقيمة الإجارة .

فإن مات بعد أن عمل نصف السنة ، وقد صار إلى البائع حل الثمن وهو المائة .

ونصف العمل ، هل يكون شريكًا للورثة أو يرجع بذلك قيمة ؟

على القولين المتقدمين بين ابن القاسم ،وأشهب والحكم في مرضه كالحكم في موته [والحمد لله وحده] [1].

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الثانية
فيمن باع نصف سلعة على
أن يبيعه النصف الباقي هل يجوز ذلك أم لا ؟

فقد اضطرب المذهب في ذلك اضطرابًا شديدًا ، وتباينت فيه الآثار تباينًا بعيدًا ،وجعلت ما فيها من الخلاف بحضرة ثمانية أقوال أكثرها قائمة من المدونة :

أحدها : أن ذلك لا يجوز جملة بلا تفصيل ضرب أجل أم لا ، وهو قول بعض الرواة عن مالك في المدونة حيث قال : إذا باعه نصف ثوب على أن يبيعه النصف الآخر إنه لا خير فيه ، قيل لمالك : فإن ضرب للبيع أجلاً ؟ قال : فذلك أحرم له ، ولم يفصل بين بيعه في البلد وغيره.

والثاني : الجواز جملة بلا تفصيل ـ ضرب أجلاً أم لا ، باع في البلد أو في غير البلد ـ وهو تأويل ابن لبابة على قول مالك في الموطأ حيث قال : إذا باعه نصف ثوب على أن يبيعه النصف الآخر إن ذلك جائز ، قال ابن لبابة : أحسبه يريد ضرب أجلاً في بلدة أو في غير بلدة ، وله من الأجر إن لم يضرب أجلاً قدر ما يباع إليه .

والثالث : التفصيل بين البلد وغيره ؛ فيجوز في البلد ، ولا يجوز في غيره ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والرابع : التفصيل بين أن يضرب أجلاً أم لا ؛ فإن ضرب أجلاً جاز ، وإن لم يضرب أجلاً فلا يجوز ، وهو قوله في « الكتاب » أيضًا .

والخامس : على عكس الرابع أنه إن ضرب أجلاً ، فذلك مكروه ، وإن لم يضرب أجلاً فذلك جائز [ق/ ٨٩/ ٢أ] ، وهو قوله في مختصر ما ليس

في المختصر .

والسادس : التفصيل بين ما يعرف بعد الغيبة عليه وما لا يعرف ؛ فما يعرف بعد الغيبة كالمعدود من المعروض وغيره من المزروع وغيره ، فإنه يجوز ، وما لا يعرف بعد الغيبة كالمكيل والموزون من الطعام وغيره فلا يجوز ، وهو قوله في المدونة حيث قال مالك : لا بأس بذلك ما خلا الطعام ، فإنه لا يجوز .

وقيل : إنه مذهب سحنون ، وقد وقعت محاشاة الطعام ، والشراب في بعض نسخ المدونة باسم سحنون ؛ قال بعض المتأخرين : وكانت رواية سحنون عن ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس به في الطعام وغيره ثم أصلحت .

وقال فضل بن سلمة : إنما يجوز فيما لا يكال ولا يوزن مثل قول مالك في « المدونة » وغيرها .

والسابع : التفصيل بين ما ينقسم وما لا ينقسم ؛ فإن كان مما ينقسم جاز إن ضرب أجلاً ، ولا خير فيه فيما لا ينقسم ، وإن ضرب أجلاً ، وهو قول ابن حبيب في « الواضحة » .

والثامن : التفصيل بين أن تكون السلعة التي يبيعها إلى ذلك الأجل بالمنع جملة ؛ لأن ذلك معين يتأخر قبضه ؛ وذلك أن المشتري لا يقدر على التصرف فيما اشتراه كما يجب ، ولا أن يحدث فيه حدثًا مع ما فيه من الخطر والغرر ؛ إذ لا يدري هل يبيعها قبل الأجل ، فيصح له بعض ما اشترى ، وذلك البعض مجهول ، ولا يبيع حتى يحل الأجل ، فيصح له جميع ما اشترى .

ووجه القول الثاني : بالجواز جملة أن العقد وقع على نعت الجواز ،

وإهمال مقدار الأجل الذي بيع ما بينه ، وبين حلوله بقدرٍ كالعرف ، ويكون له من الآخر قدر ما يباع إليه على الاجتهاد ، وذلك القدر يحط من جملة ما اشتراه المشتري إن باع قبل الوقت المقدر .

ووجه القول الثالث : بالتفصيل بين بيعه في البلد وغيره أن ذلك من باب التحجير على المشتري ؛ إذ لا يقدر على أن يتصرف في حقه حتى يصل إلى ذلك البلد .

وذلك ضعيف لوجود هذا المعنى في البلد تبايعا فيه ومع ذلك جور .

ووجه القول الرابع : التفصيل بين أن يضرب أجلاً أم لا ؛ لأنه إذا ضرب أجلاً كان ذلك إجارة ، والبيع والإجارة يجوز أن يجتمعا في ظاهر المذهب .

وإن لم يضرب أجلاً كان ذلك جعلاً ، والجعل لا يجوز اجتماعهما على مشهور المذهب .

ووجه القول الخامس : أن ذلك جائز إن لم يضرب أجلاً ، ويكره إن ضربه ؛ لأنه إذا لم يضربه كان البيع ثابتًا ، وإن ضربه كان الحكم فيه كالحكم فيمن باع سلعة بدراهم وعروض يسيرة إذا استحق ذلك العرض ، هل يرجع بما ينوب ذلك العرض في ذمة بائعه أو في عين سلعته؟

فقد اختلف المذهب في ذلك ؛ فمن قال يرجع بذلك قيمة في الذمة قال بجواز البيع في مسألتنا ، ويقبض المشتري جميع النصف المشتري ، فإن باع في بعض الأجل رجع عليه البائع بما ينوب الإجارة قيمة ، ومن قال : إن الحكم الرجوع في عين السلعة لم يجز البيع ؛إذ لا يدري هل يصح له جميع المشتري أو بعضه ، وذلك البعض كم هو ؟

ووجه القول السادس : بالتفصيل بين ما يعرف بعد الغيبة ، وما لا يعرف أنه إذا كان مما لا يعرف بعد الغيبة عليه كالمكيل والموزون يبقى فيه البيع تارة ، والسلف تارة ؛ لأنه إن مضى الأجل ، ولم يبع صح له جميع المشتري وكان بيعًا .

فإن باع في بعض الأجل فلابد أن يرد جميع المشتري ؛ لأنه لم يستوجب جميعه ؛ لأن الثمن بعضه عينًا وبعضه إجارة .

فإذا باع في بعض الأجل لم تعرف له جميع الإجارة ، فإذا لم تعرف جميعها لم يستحق جميع المشتري .

فإذا لم يستحق جميعه فلابد أن يرد بعضه بعد الغيبة عليه ، وذلك عين البيع والسلف فيما مضى فيه البيع ، فهو بيع وما رد فهو سلف .

ووجه القول السابع : بالتفصيل بين ما ينقسم وما لا ينقسم ملاحظة لما قدمناه في توجيه القول الثالث من التحجير على المشتري فيما اشتراه ؛ وذلك أنه إذا باع المبيع مما لا ينقسم كالعبد والدابة ، فإن المشتري محجور عليه في التصرف فيما اشتراه ؛ بل في قبضه على الجعلة لعدم تمييزه لكونه اشترى مشاعًا فيما لا يمكن قسمه حيًا .

فإن كان مما ينقسم جاز لكونه قادر على القسمة إن شاء ؛ إذ لو طلبها لجرى عليها شريكه .

ووجه القول الثامن : بالتفصيل بين المعين والمضمون أنه إذا كان مضمونًا جاز ؛ إذ لا يتقي فيه البيع والسلف ، ولا الجهل في قدر المشتري ؛ لأنه إذا اشترى منه سلعة على أن يبيع له سلعة أخرى غير معينة إلى أجل كذا وكذا، فصار البائع كأنه قد استغرق منافع المشتري في تلك المدة ؛ بمعنى أنه إذا باع قبل انقضاء تلك المدة كان للبائع أن يكلف له بيع سلعة أخرى هكذا

تنقضي تلك المدة ، فإذا كانت سلعة مـعينة عاد الأمر فيه إلى ما قدمناه من الغرر والخطر [والحمد لله وحده] [١] .

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الثالثة
في ماهية الجعل وأصل جوازه

فأمَّا ماهيته فهو أن يجعل الرجل للرجل جعلاً على عمل يعمله له إن أكمل العمل كان له جعله ، وإن لم يكمله لم يكن له شيء وذهب عناؤه باطلاً ، فهذا قد أجازه مالك وأصحابه فيما لا منفعة فيه للجاعل إلا بتمام العمل ، وهو في القياس عذرًا إلا أن الشرع ورد بجوازه على ما أحكمته الشريعة كتابًا وسنة ، وكان موجودًا في معاملات الناس جاهلية وإسلامًا ؛ فأقر النبي ﷺ على فعله ، ولم يتعرض لإبطاله مع علمه بذلك ؛ إذ لا فرق بين ما يبتدأ في إجارته شرعًا وبين ما يقر على إجارته .

وأيضًا فإن الضرورة تدعو إلى ذلك أشد مما تدعو إلى القراض والمساقاة ، والضرورة مستثناة من الأصول ، وقد مضى عمل المسلمين على ذلك في سائر الأمصار على قديم الأوقات والأعصار .

ومن شروط صحته أن يكون الجعل معلومًا ، وأن لا ينقد ، وأن يكون مما لا منفعة فيه للجاعل إلا بتمامه ، وأن لا يضرب للعمل المجعول فيه أجلاً ، فهذه أربعة شروط ، وقولنا : « أن يكون الجعل معلومًا » احترازًا من أن يكون مجهولاً .

فإذا كان الجعل مجهولاً والثمن مجهولاً ،ولم يكن في الثمن إلى اجتهاد المجعول له لم يجز باتفاق المذهب .

وإن سمى له الثمن أو فوض إليه ،ولم يسم الجعل جاز إذا كان هناك عرف جاز ، وجاز في جعل مثل ذلك العمل .

وقولنا : « وأن لا ينقد » ؛ لأنه إذا انتقد الجعل كان بيعًا تارة ، وسلفًا

تارة ، وقد يبيع فيستحق الجعل ، وقد لا يبيع فلا يستحق شيئًا ؛ إذ لا يستحق الجعل إلا بتمام العمل .

وقولنا : « وأن يكون لا منفعة فيه للجاعل » احترازًا من أن تكون له منفعة فيما عمله ؛ويؤدي ذلك انتفاع الجاعل بعمل المجعول له باطلاً ، وهذا على الخلاف في الجعل على حفر بئر فيما يملك من الأرض ، هل يجوز أو لا يجوز ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز إلا فيما يملك من الأرضين ، وهو قوله في« الكتاب » وهو ظاهر المذهب .

والثاني : فيما يملكه من الأرضين وفيما لا يملك ، وهو قوله في مسألة المغارسة ؛لأنه جواز المغارسة فيما يملك من الأرض مع جواز عجز الغارس مع تمام غرسه ؛ فينتفع الجاعل بعمل المجعول له ، ثم إن جاعل الجاعل من يتم له في ذلك العمل ، وأنه يكون للمجعول الأول بحساب عمله سواء كان ذلك في حفر أو حمل أو نقل مثل أن يجاعله على حفر بئر ، فعجز قبل تمامه ، ثم جاعل عليه غيره فأتمه ، أو جاعله على نقل خشبة من موضع إلى موضع فجاء بها إلى نصف الطريق فرماها ثم جاعل عليها من يوصلها لربها ، فقد قال ابن القاسم في « كتاب محمد » : أنه يكون للأول من الجعل بقدر ما عمل مما انتفع به ربها .

وهذا بخلاف البيع إذا عجز عن بيع ما جوعل عليه من السلع إلا أن يبيعها ربها بسوم الأول أو قريب منه فيما قرب من الزمان كبعد يوم أو يومين .

وكذلك إن جاعله على حمل متاع من بلد إلى بلد على معنى البلاغ ، ثم عجز في بعض الطريق ، ثم وصله ربه أو استأجر عليه من يوصله ؛ فعلى ما ذكرناه في البئر والخشب .

وقولنا : « وأن لا يضرب للعمل المجعول فيه أجلاً » ، ولم يشترط أن يترك متى شاء ، فهل يجوز ذلك أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على قولين من « المدونة » :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ؛ لأن الجعل لا يصلح فيه الأجل كما يجوز في الإجارة ، وهذا القول قائم من « المدونة » من قوله في « كتاب الجعل » : من جاءني بعبدي الآبق وهو بموضع كذا ، فله كذا وكذا ؛حيث قال : إن ذلك جائز ؛ لأن تسمية المواضع في الجعل كضرب الأجل ، وقد قال في غير ما موضع من « المدونة » : إن تلك البلدان بمنزلة الآجال ، ولأجل هذا اعترض المسألة سحنون وفضل بن مسلمة .

فإن ضرب له الأجل واشترط أن يترك متى شاء ، وقد قال في «المدونة» فيمن قال لرجل بع لي هذا الثوب اليوم ،ولك درهم إن ذلك لا يجوز إلا أن يشترط أن يترك متى شاء تركه ، ثم ذكر المسألة إلى آخرها فقال : لا يؤقت في الجعل يوم ، ولا يومان إلا أن يكون متى شاء [ق/ ٩٠/ ٢أ] [ ] [1] مثل هذا أنه جائز ، وهو جل قوله الذي يعتمد عليه .

وقد اختلف المتأخرون في تأويل هذا الكلام ، وحيث هو الخلاف حيث هو وما القول المعتمد عليه في ذلك على أربعة أقوال :

أحدها : أن الخلاف في ضرب أجل اليوم واليومين ، وأن [ ] [2] دون شرط الترك متى شاء ، وهذا تأويل ابن أبي زيد ، وعليه اختصر المسألة ، وقد وهمه بعضهم في هذا قال :لأن الأجل في الجعل دون اشتراط الترك متى شاء لا يجوز باتفاق .

وما قاله هذا المعترض لا يلزم ابن أبي زيد [ ] [3] ، والخلاف في

---

(١) غير واضحة بالأصل .

(٢) غير واضحة بالأصل .

(٣) غير واضحة بالأصل .

المسألة قائم من « الكتاب » على ما استقرأناه من المدونة آنفًا ، وربما أنه به استدل الشيخ على هذا التأويل .

والثاني : أنه إنما لم يختلف قول ابن القاسم في « الكتاب » أنه إجارة ، وإنما اختلف هل هي جائزة [ ] [1] أمر هي إجارة فاسدة ، وهو تأويل ابن لبابة ، واستدل على تأويله بقوله في « الكتاب » في إثر المسألة [ ] [2] الجعل تجوز فيه الإجارة إذا ضرب لذلك أجلاً .

وقد استبعد غيره تأويله أيضًا ؛ لأنها لو كانت [ ] [3] لفساده وجه .

والثالث : أن مراده بالإجارة المسألة المذكورة التي اشترط فيها أنه متى شاء ، قاله أيضًا أنه جائز ، وهو جل قوله فكرر الجواب ، وليس بخلاف، وإنما أخبر أنه جل قوله الذي اعتمد عليه ، وجل قوله يقتضي الخلاف ويشعر بأن له قولاً آخر أنه لا يجوز ، وهو قول منصوص في رواية عيسى عنه في الذي قال لرجل : جذ نخلي هذا اليوم فما جذذت بيني وبينك ومتى شئت [ ] [4] ولك نصف ما عملت فقال : لا خير فيه ، وهذا تأويل أبي عمرو بن القطان ، وهو تأويل بعيد أيضًا .

والرابع : أن ذلك منه اضطراب رأي واختلاف قول ، وأنه إذا قال له : بع لي هذا الثوب [ ] [5] فقال في الباب أنه جعل ،ولا يجوز إلا أن يشترط أن يترك ما شاء ، وله قول آخر أن ذلك جائز [ ] [6] خيار لا جعل.

فإن باع في بعض اليوم كان له من الأجر بحساب ذلك ، فقال سحنون: إن هذا القول [ ] [7] من قول ابن القاسم ، وهذا القول لابن القاسم قائم من أول « الكتاب » ، وقد قال في الذي [ ] [8] نصف الثوب

---

(١) غير واضحة بالأصل .
(٢) غير واضحة بالأصل .
(٣) غير واضحة بالأصل .
(٤) غير واضحة بالأصل .
(٥) غير واضحة بالأصل .
(٦) غير واضحة بالأصل .
(٧) غير واضحة بالأصل .
(٨) غير واضحة بالأصل .

على أن يبيع له النصف الآخر أن ذلك جائز إذا ضربا لذلك أجلاً ؛ لأنه [ ][1] أجلاً كانت إجارة ، واختار سحنون هذا القول ؛ لأنه إذا قال : بع لي هذا الثوب اليوم ولك [ ] [2] يريد على وجه الجعل ، فيكون جعلاً فاسدًا، واحتمل أن يريد على وجه الإجارة ، فيكون جائزًا [ ] [3] محتملاً للفساد، وللجواز مترددًا بينهما ، فإنه على مذهب سحنون يحمل على الجواز حتى يتبين [ ] [4] قوله في مسألة الراعي والثوب في الخلف ، وهذا تأويل القاضي أبي الوليد بن رشد .

واختلف هل يلزم بالعقد أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا يلزم بالعقد ، وكل واحد منهما بالخيار ما لم يشرع في العمل ، فيسقط خيار الجاعل ، ويبقى الآخر على خياره حتى يفرغ من العمل ، وهي رواية عليّ بن زيادة [ ] [5] أشهب عنه في « العتبية » .

والثالث : أنه يلزمها جميعًا بالعقد كالإجارة على سواء ، وهذا القول حكاه اللخمي ، ولم يسم قائله .

وفائدة الخلاف وثمرته : إذا مات الجاعل والمجعول له [ ] [6] لازمًا لورثته أم لا ؟ ويمكن أن ينزل هذا الخلاف على أن ذلك اختلاف الأسئلة ، وفيه أقوال. فنقول : إذا كان الثمن والعمل فيه مجهولين كان الخيار لكل واحد منهما؛ لأن الذي يصح [ ] [7] مجهول ومقدار عمل العامل مجهول أيضًا .

فإن كان الثمن معلومًا والعمل مجهولاً بالجعالة على [ ] [8] بيع السلعة كان لازمًا للجاعل؛ لأن الثمن الذي يبذله معلومًا وغير لازم للعامل؛ لأن عمله [ ] [9] الثمن والعمل معلومين بحفر البئر وما أشبهه كان لازمًا

---

(١) غير واضحة بالأصل .
(٢) غير واضحة بالأصل .
(٣) غير واضحة بالأصل .
(٤) غير واضحة بالأصل .
(٥) غير واضحة بالأصل .
(٦) غير واضحة بالأصل .
(٧) غير واضحة بالأصل .
(٨) غير واضحة بالأصل .
(٩) غير واضحة بالأصل .

لهما بالعقد ؛ لأن الذي يبذله الجاعل من الثمن معلوم ، والذي يلزم العامل من العمل معلوم .

ولا خلاف في الجواز في الجعل في قليل السلع ، وهل يجوز في كثيرها أم لا ؟ على خمسة أقوال :

أحدها : جواز الجعالة في القليل والكثير ، وهذا القول قائم من المدونة من مسألة المغارسة وكلب الآبق ، وقد جوز أن يعطي الرجل أرضه لمن يغرسها نخلاً أو شجراً ، فإذا بلغت كذا سفعة أو بلغ الشجر [ ] (١) كذا وكذا كانت الأرض بينهما والشجر ، وذلك مما تطول فيه خدمة المجعول له، وقد لا يشاركه بعمل آخر ، ولا يكاد يتفرغ لاستغراقه فيه ، وكذلك في طلب الآبق يطول عليه الطلب ، ويعطله ذلك عن جميع الصنع التي منها يحق الكسب على العادة المألوفة .

فإذا كانت العلة في منع الجعل في كثير من السلع كون ذلك يشغله عن معاشه وعن الاحتراف بغير ذلك مما ينال منه عيشه ، فذلك موجود في المغارسة ،وطلب الآبق أو أشد ، وذلك ظاهر لا مراء فيه .

والثاني : أنها جائزة في يسير السلع دون كثيرها ،وهو نص المدونة .

والثالث : التفصيل بين البيع والشراء ؛ فإن جاعله على البيع جاز في القليل دون الكثير ، وإن جاعله على الشراء جاز في القليل والكثير ؛ لأنه في البيع قد انتفع الجاعل بعمل المجعول لكون السلع في صيانته ، وفي حفظه مدة معلومة ،وذلك معدوم في الشراء إذا كان كلما اشترى وداه للمشتري ، وهو تأويل بعضهم على « المدونة » .

والرابع : التفصيل بين أن يجعل له في ثوب يبيعه جعلاً مسمى فيجوز إذا لم يتول حفظ جميع الثياب ، ولا يجعل له جعلاً إلا على بيع جميعها، فإن باع بعضًا ولم يبع بعضًا ، فلا يجوز قولاً ـ حفظها أو كانت عند

---

(١) غير واضحة بالأصل .

مولاها ـ وهو تأويل أبي الوليد وغيره .

والخامس : التفصيل بين ما ينقل ويحول كالعروض والحيوان وغيرهما ، فلا يجوز الجعل في كثيره ، وبين ما لا ينقل ولا يحول كالرياع والعقار فيجوز ؛ لأنه لا يتكلف إلا الضياع عليهما دون حفظها ، وليس في ذلك للجاعل كثير منفعة ، وهو قوله في« العتبية » ، و« الموازية » .

وسبب الخلاف : اختلافهم في المستثناة من أصول فاسدة ، هل يقتصر بها على الأقل الذي تدعو الضرورة إليه أو يلحق بها ما هو مباح من أصله؛ فيجوز في القليل والكثير ؛ كاختلافهم في الميتة في حق المضطر إليها ، هل يأخذ منها ما يسد بها الرمق أو يشبع ويتزود وغير ذلك مما لا يخفى على من طالع المذهب [والحمد لله وحده][1].

❐❐❐

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الرابعة

في الفرق بين الإجارة والجعالة

وينبغي للعالم أن يعلم أن الجعل والإجارة يتواردان موردًا متقابلاً ، وكلاهما عوض عن عمل ، فاعتمد على الفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : لفظي ، والآخر : معنوي ، والمعنوي أوسع وأوضح .

فأمَّا اللفظي : فهو أن يقول : أجاعلك على كذا وكذا تعمله ،ولك كذا وكذا بكذا ،هذا في الإجارة ؛ لأنه أوردها باسمها ، ويراعى لها شروطها أيضًا كما قدمناه ، فلا ينبغي إهمال هذه الألفاظ .

ولو عقدا عقدًا بينهما لا بواسطة الجعالة ،ولا بواسطة الإجارة ، فهناك تلاحظ الفرق المعنوي الحكمي ؛ فإن وجد فيها معنى الإجارة ، فهي هي وإن وجد فيها معنى الجعالة فهي هي ؛ فإن قال : بع لي هذا الثوب ، ولك ألف درهم ، فإن لم تبعه فلا شيء لك ، فهذه جعالة ؛ لأن الاستحقاق فيها نيط بالفراغ من العمل وتصرمه ، فإذا قال : بعه لي ، ولك درهم بعته ،أو لم تبعه فهي إجارة ، ولابد من الأجل ؛ لأن الاستحقاق فيها ليس بمنوط بالفراغ من العمل ، وبين هاتين المقدمتين واسطة مشكلة ؛ وهي إذا أبهم الأمر ، فقال : بعه ولك كذا ؛ إذ قد يحتمل أن تكون إجارة تفسد لعقد [ ] [1] ،ويحتمل أن تكون جعالة فيصح .

أما رأي من غلب شائبة الصحة في اللفظ المتردد بين الفساد والصحة صيانة للمسألة عن الإبطال ، فحمله على الجعالة مطرد غير مطرب ،وأما رأي من غلب الفساد على الصحة عند التزاحم كابن القاسم ، فإنه قد عهد

---

(١) ير واضحة بالأصل .

منه ذلك في مذهبه ، فإن صحت المسألة على هذا الأصل ففيه نظر ، وابن القاسم يقول بصحتها حملاً على [ق/ ٩١/ ٢أ] ما ترى ، ويشبه أن تكون قد تحسن لمفهوم الصيغة في ارتباط الاستحقاق بانبرام العمل ، فإذا كان ارتباط الاستحقاق [ ] (١) العمل إذا عقل نصًا بمحض شائبة الجعالة ؛ فكذلك الارتباط المعقول من الصيغة لحنًا ضمنًا .

فإذا علم ذلك فمن وجوه الفرق بينهما أن الإجارة تلزم من الطرفين ، فليس لأحدهما فسخها مع التمكين في الاستيفاء والجعالة لا تلزم من الطرفين ؛ لأنها من قبيل الجائز لا من قبيل اللازم على مشهور المذهب ؛ لأن العمل مجهول فلا يتمادى .

وأما الإجارة فالعمل فيها مقدر معلوم .

ومن وجوه الفرق بينهما أن الجعالة لا يجوز فيها [ ] (٢) شرطه ؛ لأنه سلف تارة وجعل أخرى ؛ فهو جائز بالعقد في الإجارة بل يلزم ، أو بالشروع في العمل لابد لأحدهما احترازًا من الدين بالدين إن كانت الإجارة على موصوف ، وإن كانت على بيع معين ، فإن النقد بالنقد في الجعالة لا يجوز بشرط ، والتوجيه ما قدمناه .

ومن وجوه الفرق بينهما : أن التأقيت بأجل لا يصح في الجعالة ، ويصح في الإجارة ، بل يجب فيها ؛ لما قدمناه من أن الجعالة من قبيل الجائز دون اللازم ،ولا مجال للتأقيت فيها ؛ إذ الغرض به منتهى اللزوم ، فلا لزوم ولا تأقيت ، بخلاف الإجارة لأنها من قبيل اللازم ،ولابد للازم من غاية ونهاية ، غير أنا نقول ما قدحت الجعالة في العقود بلغتها؛ بل لما فيها من الفساد المقتفي لإبطالها من ارتكاب الإغرار ، واقتحام الأخطار ، ولو ساغ التأقيت في الجعالة لأمكن دفعها قبل الفراغ من العمل ، فيذهب

(١) غير واضحة بالأصل .

(٢) غير واضحة بالأصل .

كده باطلاً ؛ فنظام الجعالة إذًا إنما يتقرر بإهمال المدة فيها ؛ لأن ذلك من مصالح العقد ، وما كان من مصالحه فلا يكر ببطلانه ، هذا كما نقوله في النكاح ، والإجارة فإنهما متآخيان [ ] [١] لما نص المناكحة عن التأقيت ؛ إذا لا يتم مقصودها الذي هو السكن والازدواج والتناسل الإعضاد [ ] [٢] جهل التأقيت ؛ إذ لا يحصل مقصودها إلا بمعرفة مدتها ؛ فصارت الجهالة فيها مفسدة لا مصلحة [ ] [٣] ذلك ؛ فاعلم أن الجعالة والإجارة مثل أن تكون له غاية معلومة ، ونهاية محصورة كخياطة الثوب [ ] [٤] فإذا ضم إلى ذلك الزمان ،فهل يصح في الإجارة أم لا يصح ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يجوز ؛ لأنه من باب مدتين في مدة وشرطين في بيع، وهو قوله في كراء الرواحل ،والدواب فيمن تكارى دابة من رجل على أنه إن بلغه إلى موضع في كذا ،وإلا فلا كراء له ، فقال مالك : لا خير في ذلك ؛ لأنه شرط لا يدري هل يتم فيه الكراء أم لا ؟

وأشار بعض المحققين من المتأخرين إلى أن وجه فساده ؛ لأنه من مدتين في مدة وشرطين في بيع .

والثاني : أن ذلك جائز ، ويؤخذ من مسألة الثور إذا استأجره يطحن له كل يوم أردبين بدرهم ، فوجده لم يطحن له إلا أردبًا واحدًا في اليوم ، فقال له أن يرده ويغرم نصف الدرهم ؛ فقد جوز في هذه المسألة [ ] [٥] في مدة ؛ لأن التقييد باليوم مدة ، والتقييد بالأردبين مدة ؛ فإحداهما تغني عن الأخرى .

---

(١) غير واضحة بالأصل . (٢) غير واضحة بالأصل .
(٣) غير واضحة بالأصل .
(٤) غير واضحة بالأصل .
(٥) غير واضحة بالأصل .

والقولان مرويان عن مالك مشهوران في « العتبية » وغيرها ، والمشهور المنع .

وقال بعض المتأخرين : يمكن أن يكون قصد بالشرط ها هنا هذا الشرط في التقييد بمدة الزمان مع التقييد بمقدار العمل ؛ مثل قوله : خط لي هذا الثوب ، ولك درهم على التعجيل والاستحثاث ودفع التكلي والوأن ؛ فتحصيل هذا الغرض هو المقصود لا الزمان ، وهذا منه جنوح إلى التلفيق والخلاف في المسألة من كل طريق وثبت عند كل فريق .

وأما الوجه الثاني : وهو تقدير [ ] [١] بزمن يقتضب منه فجائز في الإجارات بل واجب ؛ وأما في الجعالة إذا قيدت بزمن ، وإن لم يشترط أن يترك متى شيئًا لم يجز لما قدمناه ، وإن اشترط ذلك ، فهل يجوز أم لا ؟ فإنه يتخرج على الخلاف الذي استقصيناه في المسألة التي قبل هذا استقصاءً لم أسبق إليه ، ولا زاحمتني أقدام المتأخرين عليه [والحمد لله وحده] [٢] .

❑❑❑

---

(١) غير واضحة بالأصل .

(٢) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الخامسة

فيمن دفع دابته لرجل على النصف

فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يقول له : أكرها .

والثاني : أن يقول له : اعمل عليها .

والثالث : أن يقول له : اعمل لي عليها .

فأما الوجه الأول : إذا قال له : أكرها ولك نصف ما تكريها به فلا يخلو من أن يكون عمل بمقتضى قوله أو خالفه .

فإن عمل بمقتضى قوله وإذنه ، فالكراء لصاحب الدابة ، وللآخر إجارة المثل على ما قدر عنائه وتعبه ؛ لأن رب الدابة قد استأجره إجاره فاسدة .

فإن خالفه فيما أذن له فيه ؛ مثل أن يأمره فيكريها فعمل عليها كان ما عمل عليها له ، ولصاحبها إجارة المثل ؛ لأن نقد على منافع الدابة في غير ما أذن له فيه .

وأما الوجه الثاني : إذا قال اعمل عليها فما عملت عليها من شيء ؛ فلك نصفه فلا يخلو من أربعة أوجه :

إما أن يقول له اعمل عليها، ولك نصف ثمن ما اكتسبت، أو يقول له: اعمل عليها على أن نصف عين ما حملت عليها لك ، أو يقول له : اعمل عليها ولك كل يوم درهم، أو يقول له: احمل عليها لك نقلة ولي نقلة.

فإن قال له : اعمل عليها ولك نصف ثمن ما كسبت عليها ؛ مثل أن يأخذها ،ويحتطب عليها فيبيع أو يحتش عليها أو يستغني عليها ، فإن

المكسب للعامل ، وعليه إجارة المثل لصاحب الدابة ؛ لأن تلك الأشياء ملك للعامل بنفس أخذه لها ، والدابة قد اكتراها كراء فاسدًا ، وإن عاقه عائق وعرف ذلك بأمر معروف ، فلا شيء عليه ؛ إذ لم يحمل له عليها شيئًا مضمونًا ، وهو قول ابن حبيب في الواضحة .

واختلف إذا قال اعمل عليها فأكراها لمن يكون الكراء على قولين :

أحدهما : أن الكراء للمستأجر ، ولصاحب الدابة أجرة المثل .

والثاني : أن الكراء لصاحب الدابة ؛ لأنه ضمن منافعها ، وللمستأجر كراء المثل .

والقولان لابن القاسم في « التبصرة » .

فإن قال له : اعمل عليها على أن لك نصف ما حملت عليها من حطب ، أو حشيش ، أو ماء ، أو ثمار البرية ، فإن ذلك أمر ممكن لا يتعذر وجوده لم يجز ؛ لأنه مخاطرة .

فإن قال له : اعمل عليها ، ولك كل يوم درهم جاز ذلك ، ويكون ثمن ما باع به مما عمل عليها لصاحب الدابة ، ولا يكون ذلك دراهم في اكترائها ؛ لأن الملك يتعين لصاحب الدابة في تلك الأشياء بالنية قبل بيعها، ولو أخذه بدراهم أبو بدنانير ودفع إليه دابته على أن يأتيه كل يوم بدرهم سنة أو شهرًا لم يجز باتفاق المذهب .

فإن كان على أن يأتيه بغير الدنانير ،والدراهم كالعروض ، والطعام وغيره ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : المنع إذا اشترط عليه قدرًا معلومًا ، وهو قول مالك في «المدونة » و« الموازية » .

والثاني : الجواز ، وهو إذا وصف وأجل ، وهو قول أحمد بن ميسر ،

ومحمد بن المواز .

وإن قال له : احمل عليها نقلة لك ، ونقلة لي ، فإن ذلك جائز ؛ لأن النقلة معلومة ، وهو قول ابن المواز .

فإ قال : ما تنقل عليها اليوم لك ، وغداً لي فذلك جائز أيضًا .

فإن نفقت الدابة قبل أن يعمل في اليوم الثاني ، فلا يخلو من أن يعمل في اليوم الأول لنفسه ، أو لرب الدابة .

فإن عمل لرب الدابة ثم نفقت الدابة في اليوم الثاني قبل أن يعمل لنفسه كان على صاحب الدابة للعامل إجارة المثل ، وليس له أن يكلفه أن يأتي بدابة أخرى ؛ لأنه إنما باع غداً منافع الدابة بعينها والمعين لا يخلف على ظاهر المذهب .

فإن عمل لنفسه أولاً ثم ضاعت الدابة أو نفقت قبل أن يعمل لربها ، هل يكون له كراء دابته ذلك اليوم .

وهي رواية ابن أبي زيد عن ابن القاسم في « العتبية » لتعذر الخلف في مثل ذلك ؛ كقولهم في الثوب اللبيس يستأجر على أن يأتي بدابة أخرى تعمل له ؛ لأن حق رب الدابة مضمون في ذمة المستأجر في عين الدابة ، وهذا القول حكاه الشيخ أبو محمد في « النوادر» قال : وهذا هو أصلهم .

فرع

من قال لرجل : أعنِّي بغلامك خمسة أيام وأعينك بغلامي مثلها جاز ذلك في الحصاد وغيره .

وكذلك إن قال له : اعطني عبدك النجار يعمل اليوم بعبدي الخياط يخيط لك [ق/ ٩٢/ ٢أ] غداً فلا بأس به ، وهو قول أشهب ، وأصبغ في «العتبية » .

ولا يؤثر في ذلك اختلاف الصنائع ؛ لأن ذلك مبايعة باع عمل عبده اليوم بعمل عبد الآخر غدًا كما تجوز إجارة كل واحد منهما على أن يعمل مدة معلومة ؛ فكذلك يجوز أن يباع عمل بعضهم بعمل بعض .

وأما الوجه الثالث من أصل التقسيم : إذا قال له : اعمل لي عليها لمن يكون الكسب ؟ على قولين :

أحدهما : أنه للعامل ، وعليه كراء الدابة ، وهو قول ابن القاسم في رواية الدباغ في « المدونة » .

والثاني : أن الكسب لربها وعليه الأجر للعمل ، وهو قول ابن الجلاب، [والحمد لله وحده] [1].

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة السادسة
في إجارة رحى الماء
وانقطاع الماء عنها في بعض مدة الإجارة

وكراء أريحة الماء جائز بكل شيء يجوز التبايع به من طعام وغيره ، وهي المسألة التي سأل فقهاء الأندلس مالكًا عنها .

فإن انقطع عنها الماء وطلب المفاسخة ، فلا يخلو من أن ترجى عودته عن قرب ، أو كان يرجى بعد بعد .

فإن كان يرجى عن قرب لم يفسخ إلا بتراض منهما ، فإن كان لا يرجى إلا بعد بعد كان له أن يفاسخه .

فإن عاد الماء قبل انقضاء بقية المدة ، فلا يخلو من أن يعود قبل الفسخ أو بعده .

فإن عاد قبل الفسخ فلا يخلو من أن يعود عن قرب أو بعد بُعد .

فإن عاد عن قرب ، فإن الكراء بينهما قائم على حاله .

فإن عاد عن بعد ، فإنه يتخرج على قولين :

أحدهما : أن طول المدة في انقطاعه كالفسخ .

والثاني : أن الكراء بينهما قائم إلا أن يتفاسخا أو يفسخ بينهما بحكم ؛ قياسًا على الذي اكترى السفينة في الصيف ، فيدخل الشتاء ، وكان الحكم الفسخ فلم يتفاسخا حتى صار إلى الصيف ، فقد اختلف في المذهب على قولين .

فإن عاد [بعد] [1] الفسخ ،هل يثبت ما فسخ الحكم بينهما أو ترجع الإجارة على حالها ؟ على قولين :

أحدهما : إمضاء الفسخ بينهما ، وهو ظاهر قول غيره في « المدونة » في العبد إذا مرض في أثناء المدة ثم برئ .

والثاني : أن الإجارة ترجع على حالها ؛ لأنهم في التقدير إلا أن يكون المكتري بعد الفسخ قد عقد موضعًا غيره ، فإن الفسخ يمضي بينهما قولاً واحدًا.

فإن عاد الماء وعاد إلى العمل ، فلما انقضت السنة اختلفا في مدة انقطاع الماء ؛ هذا يقول شهر والمكتري يقول : شهران فلا يخلو من أمرين إما أن يتفقا على أول انقطاعه ،واختلفا في وقت رجوعه أو اتفقا في وقت رجوعه ،واختلفا في مبدأ انقطاعه .

فإن اتفقا على أول انقطاعه ،واختلفا في وقت رجوعه المكري يقول رجع بعد شهرين والمكتري يقول بعد شهر ، فإن القول قول المكتري ؛ لأن ذلك في يديه قد سلم إليه واؤتمن عليه .

فإن اتفقا في وقت رجوعه ، واختلفا في مبدأ انقطاعه ؛ مثل أن يتفقا أنه رجع في شعبان ، وقال المكتري : كان انقطاعه في رجب ، وقال المكتري : كان في جمادى ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن القول قول المكري ؛ لأن الكراء قد وجب على المتكاري ، فهو يريد أن يحط عن نفسه بقوله ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » وغيرها .

والأصل استصحاب الحال ؛ فلا تبرأ ذمته بدعواه .

---

(١) في أ : بعلة .

وقال سحنون : هذه عراقية ، يريد : أن القول قول المكتري ، وهو القول الثاني ؛ لأن الأمر فيه مكشل ، والأصل براءة الذمة من الدين ، ولا تعمر بالشك ، فلو انقطع ذلك الماء إلا أن أهل ذلك المكان قد أخلوا من فتنة أصابتهم أو سنة مستهم ،وأخلى هذا المكتري معهم أو أقام آمنًا غير أنه لا يأتيه أحد ولا يغشاه بالطعام ،فقد قال : إن ذلك كبطلان الرحى من نقصان الماء ،ويوضع عنه الكراء ، وينبغي أيضًا أن الناس إذا أصابتهم السنة أو أمر ذهب بأموالهم حتى لا يعيشوا إلا بالبقول والحشائش ، وتعطل عليهم العمل ، وأهل البلد في البلد آمنون إن لم يخلو أن يكون ذلك كانجلائهم ؛ لأن النظر إلى بطلان الرحى لعدم ما يطحن لا لعدم أهل البلاد وانجلائهم ، وذلك ظاهر لمن تأمله [والحمد لله وحده] [١].

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة السابعة
في إجارة الثياب والحُلِي

واختلف في إجارة الثياب والحلي وجميع الماعون الذي يستخدمه الناس ويمتهنونه ، هل يجوز أو يكره ، على قولين :

أحدهـما : أن ذلك جائز دون كراهية ، وهو المـشهور من قول مالك ، وهو اختيار ابن القاسم في « الكتاب » .

والـثانـي : أن ذلك مكروه فـي كل شيء ، وهو أحد قولـي مالك في الحلي حيث قال ابن القاسم : وقد أجازه مالك مرة ، واستثقله مرة أخرى، وقال : لست أراه بالحرام البين ، وليس كراء الحلي من أخلاق الناس ، ولا أرى به بأسًا .

ووجه الكراهية في ذلك ما خرَّجه البخاري ومسلم أن النبي ﷺ قال : «**لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليه خرجًا معلومًا**» [١]،وقد قيل في معنـى قوله تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ [٢]، وأن ذلك في مـثل الدلو ، والفأس ، وسائر ماعون البيت ، وقيل : أراد به الزكاة المفروضة ، وهو المشهور .

وعلى القول بـأن ذلك جائز دون كراهة ،هل يصـدق المكتري إذا ادعى الضياع أم لا ؟

فلا يخلو من أن تقوم له بينة على ما يدعيه أو لـم تقم .

فإن قامت البينة البينة على الضياع بغير تضييع ،ولا تفريط فلا تفريغ.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٠٥) ، ومسلم (١٥٥٠) .

(٢) سورة الماعون الآية (٧) .

وإن لم يكن إلا مجرد دعواه ،فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من « المدونة » :

أحدهـا : أنه مصدق في الكراء ،والضياع ،ولا يلزمه من الأجرة إلا ما قال أنه قد انتفع به ، وهو قول غيره في « المدونة » .

والثـاني : أنه لا يصدق لا في الكرى ، ولا فـي الضياع ، وهو ضامن لقيـمة الشيء المستـأجر ، وهو قول أشهـب عن مالك في « الكـتاب » في مسألة الجفنة على رواية الضياع ، وهـي الرواية المشهورة ، وهذا القول نقله ابن سحنون في غير « المدونة ».

والـــرواية الأخـرى أنـــه إذا ادعـى الـكسر ؛ ولذا قــال مالك في غــير «المدونة»، وأين فلقها .

والثالث : أنه مصدق في الضياع دون الإجارة ،وتلزمه جميع الإجارة ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة ».

وسـبـب الخـلاف : اختلافهم فــي الشيء المستأجر ، هل طـريقه طريق الرهان ،والعواري أو طريقه طريق الودائع والبضائع ؛ فمن سلك به مسلك الرهان والعواري قال بتضمينه ، ومن سلك به مسلك الودائع والبضائع قال بسقوط الضمان ؛ لأن حقه في الانتفاع به ، والرقاب في يديه أمانة لا حق له فيها .

ومن فـرق بين الإجارة وعين الـشيء المستـأجر ، فقـد لاحظ المعنـيين وراعى الشـقين ، وذلك دأب ابن الـقاسم في أكـثر المواضع [والحـمد لله وحده] [1].

❑❑❑

---

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الثامنة
في إجارة المسجد والبناء عليه

ولا يخلو بناؤه للمسجد من وجهين : إما أن يبنيه ليكريه ، أو يبنيه ليصلي فيه .

فإن بناه ليكريه لمن يصلي فيه ، فإن ذلك لا يخرجه عن ملكه قولاً واحدًا ، وله أن يبيعه ، ويورث عنه .

وهل يجوز له إجادته لمن يصلي فيه أم لا ؟ وسيأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى .

فإن بناه لمن يصلي فيه ، فلا يخلو من أن يبيحه للناس أو لا .

فإن أباحه للناس ، وخلا بينهم وبينه وحيز عنه في صحته ، فلا خلاف أنه حبس لا يورث عنه ،ولا يباع .

فإن لم يحز عنه ، ولا أباحه لمن يصلي فيه ، وامتنع من أن يخرجه من يده لم يجبر على ذلك ، وهو ظاهر « المدونة » من غير ما موضع ، وقد قال في آخر « كتاب الصلاة الأول » : والمسجد حبس إذا كان صاحبه قد أباحه للناس ؛ فمفهومه إذا لم يبحه ورث .

والأصل في كل شيء مما أوجبه الإنسان لله تعالى ، ولم يعين له محلاً ألا يجبر على إنفاذه .

فإن مات قبل أن يحاز عنه ،وكان على نفاذه ، فإنه يتخرج على قولين، وهل يمضي حبسًا أو ميراثًا ؛ قياسًا على الهبة إذا لم يفرط في حوزها حتى مات .

فإن بناه على ظهر بيته ، فالحكم فيه كما قدمناه ؛ فإذا أباحه للناس ،

وأخرجه من ملكه ، فلا خلاف أنه حبس لا يجوز بيعه .

وهل يجوز [بيع] [١] ما تحته من البنيان أم لا ؟

فإنه يتخرج على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : جواز بيعه ، وهو نص قوله في آخر كتاب الصلاة الأول حيث قال : ويورث ذلك البنيان ، والمسجد حبس لا يورث .

والثاني : [أنه لا يجوز بيعه] [٢] وله حكم ما عليه ، وهو ظاهر قوله في « كتاب الشفعة » فيمن بنى مسجدًا على ظهر بيته أو في أرضه على وجه الصدقة ، والإباحة ، أو حبس عرصة له ، أو بيتًا في المساكين ، أو على المساكين لم يجز له بيع ذلك ، وظاهر الكلام يعود على ما تقدم ذكره من البنيان السفلي ، والعرصة ؛ لأن قوله ذلك يتناول [ق/ ٩٣/ ٢أ] الجميع، وعليه جمع بعض شيوخ الأندلسيين ، وقد رأيت اسم سحنون على المسألة في بعض نسخ المدونة مكتوب في الطرة ، قال سحنون : يجوز له بيع ذلك ، وذلك يدل على أن قوله في الشفعة مناقض لقوله في « كتاب الصلاة » ، وإلا فأي شيء استراب سحنون من قوله حتى قال يجوز له بيعه؟

وأما إجارة المسجد والدار والبيت للصلاة فقد اضطربت فيها أجوبة الكتاب اضطرابًا أوجب اختلاف آراء المتأخرين في تأويلها ، ونص ما في الكتاب : قلت : أرأيت إن أجر بيته من قوم ليصلوا فيه رمضان ؟ قال : لا يعجبني ؛ لأن من أكرى بيته كمن أكرى المسجد ، والإجارة فيه غير جائزة؛ لأن الإجارة في المساجد غير جائزة ، وقال غيره : لا بأس بذلك في كراء البيت .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

ثم قال : أرأيت إن أكريت داراً لي على أن يتخذوها مسجداً عشر سنين؟ قال : ذلك جائز ، قلت : فإذا مضت العشر سنين ؟ قال : إذا انقضت المدة رجعت الدار إلى ربها ، ويكون نقض المسجد لأهل النقض الذي اشتروا وبنوا به المسجد .

فانظر كيف جوز إجارة الدار لمن يبينها مسجداً ، ومنع من أن يبني هو مسجداً يبنيها ، ومنع من كراء البيت لمن يصلي فيه ،وجوز إجارة الدار ، فذهب بعضهم إلى تلفيق الأجوبة ، وتأويلها على الوفاق فقال : إنما تكلم ابن القاسم قبل الوقوع فكرهه ؛ لأن ذلك ليس من مكارم الأخلاق ، وأنه إن فعل جاز ، كما أنه أجاز إجارة المصحف لكنه ليس من مكارم الأخلاق،وهذا معنى منع محمد إجارة المصحف ، والذي أكرى أرضه أو داره لم يتخذه مسجداً ؛ لأنه أكرى ما يجوز له كراؤه ، وليفعل مكتريه ما شاء ، ولو سلم البيت لمكتريه لكان كالدار ، وإنما أكره له كراءه منهم أوقات الصلاة فقط ، فإذا فرغوا وخرجوا رجع إلى ربه ينتفع به ما بينه ، وبين الصلاة الأخرى .

فلو اكتروها جملة ينتفعون به مدة كرائهم وغيرها مما هو جنس الصلاة لجاز ابتداء كما جوز في الدار .

فلو كان اكتراؤهم للدار في أوقات الصلاة خاصة لقبح ،ولم يصلح كما قال في البيت ؛إذ ليس من مكارم الأخلاق ، ويحمل قول الغير على أن ذلك بعد الوقوع والنزول ، وابن القاسم تكلم على ما كان قبل الوقوع ، وهذا تأويل أبي الفضل وغيره .

وذهب غيرهم إلى أن ذلك اختلاف قول ،وأن قوله في الدار خلاف قوله في البيت ، وأنه لا فرق بينهما ،وهذا قول حمديس .

وقال القاضي : أبو الفضل : فعلى قول حمديس يدخل من الخلاف

في مسألة الدار ما يدخل في مسألة البيت ،وما قاله صحيح ظاهر .

وعلى القول بالتلفيق لا تفريع .

وعلى القول بأن ذلك اختلاف قول يتحصل في المسألة أربعة أقوال :

أحدها : أن ذلك ممنوع في المسجد والدار والبيت ،وهو قول ابن القاسم في البيت والمسجد .

والثاني : الجواز في الجميع ، وهو قول الغير في البيت ، وابن القاسم في الدار ،والمسجد إذا لم يتخذ للناس كالبيت .

والثالث : التفصيل بين البيت وغيره ؛ فيجوز في البيت ولا يجوز في المسجد والدار ،وهو ظاهر قول الغير في الكتاب .

والرابع : أنه يجوز في الدار ، ولا يجوز في المسجد والبيت ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « الكتاب » أيضًا .

فهذا تخيل المسألة وتحصيلها ، ومن له أنس بمعاني الكتاب هان على ما أشرنا إليه [والحمد لله وحده][1].

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة التاسعة

في الصغير والعبد يؤاجران أنفسهما بغير إذن الأولياء

أو استعملا في إجارة أو استعين بهما في عمل من الأعمال ، ولا شك ولا خفاء أن رأى الشارحين من المتأخرين اختلفوا في تأويل ما وقع في تأويل هذه المسألة من الاضطراب من قول ابن القاسم ، وابن وهب ، وسحنون في الكتاب مع ما وقع منها في « كتاب الرواحل والدواب » ، وأطنبوا في ذلك إطنابًا يخل تشعبه بالفائدة ، ونحن إن شاء الله نلخصها أيّ تخليص ونحصلها أحسن تحصيل ، فنقول من حيث التفصيل ، فلا يخلو من وجهين :

إما أن يستعمله فيما لا تبتغي فيه الإجارة ، أو فيما تبتغي في مثله الإجارة .

فإن استعمله فيما لا تبتغي في مثله الإجارة كمناولة القدح ، والنعل فلا ضمان عليه سلم أو هلك .

فإن استعمله فيما يبتغي في مثله الإجارة ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يستعمله فيما لا يعطب في مثله أصلاً .

والثاني : أن يستعمله فيما يعطب في مثله نادرًا .

والثالث : أن يستعمله فيما يعطب في مثله غالبًا .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا استعمل فيما لا يعطب في مثله أصلاً ؛ مثل أن يستعمله في تعليم الصبيان أو في حراسة البساتين أو نفش الصوف ، فإن سلم فلا ضمان عليه قولاً واحدًا وعليه أجرة المثل إن استعان به ، فإن واجره كان عليه الأكثر مما سمى أو إجارة المثل ، فإن عطب فقولان :

أحدهما : أنه ضامن ، وهو قول سحنون في بعض روايات المدونة في الذي استأجر عبداً في الخياطة كل شهر بكذا ، ثم حوله بغير إذن أهله في غير ما استأجره له أنه ضامن وصار متعديًا ؛ فأشبه الغاصب ،وهو نص قول ربيعة في الكتاب ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في« كتاب الرواحل والدواب » في الزيادة على المسافة فيما لا يعطب في مثله فعطبت الدابة حيث قال : يضمن ، وذلك ضمان بمحض التعدي .

والثاني : أنه لا ضمان عليه ،وهو قول ابن القاسم وابن وهب في «كتاب الجعل والإجارة » من « المدونة » .

وعلى القول بالضمان ، فإن كان حراً فهلك كانت ديته على عاقلة الذي استخدمه ، وعليه هو أجرة المثل إن استعان به ، أو الأكثر من المسمى أو إجارة المثل إن استأجره .

فإن كان عبداً واستعان به كان للمثيل الأكثر من المسمى أو من إجارة المثل أو ما نقصه العيب إن عطب وعاش ، فإن مات كان له الأكثر من إجارة المثل ، أو القيمة يوم التعدي ، فإن واجره كان للسيد الأكثر من المسمى أو إجارة المثل أو القيمة أيها شاء ، وهذا إذا لم يأذن له في الإجارة أصلاً .

فإن أذن له في نوع من الأعمال فاستعمله في غير ما أذن له فيه ، فلا يخلو الذي استعمله من أن يكون عالمًا بذلك أو غير عالم .

فإن كان عالمًا فتعدى فاستعمله في غير ما أذن للعبد فيه كان بمنزلة ما لم يؤذن له فيه أصلاً .

فإن لم يعلم بالتخصيص هل يضمن أو لا ؟

قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يضمن ، وهو ظاهر قوله في « كتاب المأذون له في التجارة » إذا أذن لعبده في شيء ثم عمل في غيره أنه يلزمه ذلك ؛ لأن أقعده للتجارة ولا يدري الناس لأني أنواع التجارة أقعده ، وهي رواية عن مالك في « العتبية » في العبد الخياط أو النجار يستعمل في البناء أو غيره ، فهلك فيه أنه لا ضمان على من استعمله إلا أن يدخله في عمل مخوف .

والثاني : أنه ضامن ؛ لأنه قد استعمله فيما لم يؤذن له فيه أصلاً ؛ فأشبه التعدي المحض كما لو حوله من عمل إلى غيره بغير إذن مولاه .

والجواب عن الوجه الثاني : إذا استعمله فيما يعطب في مثله نادرًا ؛ مثل أن يستعمله في نقل الخشب ،والحجارة ، والخياطة ، فوكزته الإبرة أو وقعت عليه الخشبة ، أو الحجارة فعطب من ذلك ، أو مات بأمر من الله ، فإن سلم من ذلك ، ومات بسبب سماوي ، ففي ضمانه قولان :

أحدهما : أنه ضامن له ، وهو قول ابن القاسم في « كتاب الرواحل والدواب » .

والثاني : أنه لا ضمان عليه فيه ، وهو قول أشهب وابن القاسم في «كتاب الجعل والإجارة » من « المدونة » .

فإن هلك من ذلك السبب فقولان أيضًا في« الكتاب » :

أحدهما : وجوب الضمان عليه ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه لا ضمان عليه ، وهو قول أشهب .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا استعمله فيما يعطب في مثله غالبًا ؛ مثل أن يستعمله في غرر مخوف كالنزول في البئر التي قتلت أهلها حماة ، وهدم الجدران أو الحفر بجنبها ، أو العمل على الزرانق.

فإن سلم منها فقولان في وجوب الضمان :

أحدهما : أنه ضامن لقيمته إن كان عبدًا ، وهو ظاهر قوله ابن القاسم في « كتاب كـراء الرواحل والدواب » إذا نفد وزاد عـلى المسافة ما تـعطب الدابة في مثله ، فسلمت حيث قال : فإن صاحبها بالخيار بين أن يأخذ كراء الزيادة أو يـضمنه قيـمة الدابة يوم تـعدى عليـها ، وله في الوجـهين كراء الأول؛ فكذلـك ينبغي أن يـخير سيد الـعبد في هذه المـسألة [ق/ ٩٤/ ٢أ] أيضًا، والمجمع بينهما محض التعدي ، واستعمال [العبد] [١] والدابة فيما يعطب في مثله.

والثاني : نفي الضمان عنه ، وهو قول ابن القاسم وابن وهب وسحنون في « كتاب الجـعل والإجارة » ، فإن هلك فـلا يخلو هلاكه مـن أن يكون بسبب سماوي أو بسبب ما استعمل فيه من الأغرار والأخطار .

فإن كان بسبب سماوي ، ففي ضمانه قولان :

أحدهما : أنه ضامن سواء أذن له وليه في الإجارة أو لـم يأذن له ؛ لأنه إن أذن له في الإجارة لم يأذن له في الأغرار ؛ فصـار بنفس التعدي ضامنًا كما بيناه آنفًا .

والثـاني : التفصيل بين أن يأذن له في الإجارة أو لم يأذن ؛ فإن أذن له فلا ضمان عليه ، فإن لـم يأذن له ضمن ؛ لأنه إن لـم يأذن له كان استعماله إياه تعديًا محضًا ، وإن أذن له كان تعديًا مستندًا إلى إذن.

فإن كان هلاكه بسبب ذلك العمل فى مخوف وغرر ضمن قولاً واحدًا، [والحمد لله وحده][٢].

---

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة ليست بالأصل .

المسألة العاشرة
في الإجارة على رعاية غنم

وهي على أربعة أوجه :

أحدها : أن يقول : أستأجرك أن ترعى لي غنمًا ،ولا يسمى له عدة .

والثاني : أن يسمى له عدة ويعينها ، فيقول : ترعى هذه المائة .

والثالث : أن يشترط عدة ولا يعينها .

والرابع : أن يسمي عدة معينة أو غير معينة ، ويشترط أن لا يرعى معها غيرها .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا استأجره على رعاية غنم ،ولا يسمى له عدة ، ولا عين لـه شيئًا جـاز ذلك ، وحملا علـى [استغراق جـميع][1] منافعه ، ولرب الغنم أن يأتيه من ذلـك بما يقدر على رعايته ، ثم لا يكون للراعي أن يرعى معها غيرها ، فـإن فعل كان الخيار لرب الغنم إن شاء أخذ الأجرة التي أخذ الراعي في الثانية ، ويكون له جميع أجرته على رب الغنم الأول ، فإن شاء أن يحـط عنه من الأجر الذي عـليه قدر ما ينـوب رعاية الغنم الثانية كان ذلك كله ، وهو قول ابن القاسم .

والجواب عن الوجـه الثاني : إذا سمى عدة وعينهـا فيقول : ترعى هذه المائة ، هل تتعين بذلك أو لا تتعين ؟ على قولين :

أحدهما : أنها لا تتعين بذلك ، وأن قوله هذه صفة ، ويلزم الخلف إن أصيبت ،وهذا قول سحنون في غيـر «المدونة » ، وهو قول ابن القاسم في «كتاب الـرواحل والدواب » من « المدونة » فـي الأحمال إذا استأجـره على

---

(١) في الأصل : جميع استغراق .

حمل هذه الأحمال إلى بلد كذا وكذا حيث قال : لا يتعين .

وأما الأحمال إن أصيبت لم ينفسخ الكراء بينهما على تفصيل لباقي سبب تلف الأحمال يأتي بيانها في مسألة مفردة إن شاء الله تعالى .

والثاني : أنها تتعين ولابد من اشتراط الخلف إن هلكت ، وهو قوله في « كتاب العمل والإجارة » ، فإن لم يشترط الخلف هل تجوز الإجارة أو لا تجوز ؟ فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أن الإجارة فاسدة ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » حيث قال : لا خير في ذلك ؛ لأن فيه تحجيراً على صاحب الغنم ، فلا يقدر على بيعها .

والثاني : أن الإجارة جائزة ، وإنما تتعين لأن رب الغنم يشترط ذلك لئلاً يتكلف الخلف .

والثالث : التفصيل بين أن تكون قريبة فتجوز أو تكون بعيدة ، فلا تجوز، والقولان في « التبصرة » .

والقول الرابع : التفصيل بين أن تكون الشرط من رب الغنم فيجوز ؛ لأنه يكره أن يتكلف الخلف ، وأن يكون من الراعي فلا تجوز وتكون إجارة فاسدة ، وهو خلاف للخمي .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا اشترط عدة لا يعينها مثل أن يشترط على [ ] (١) فذلك هجر ، والحكم يوجب الخلف ،وإن لم يشترطه باتفاق المذهب أو اشتراط عليه أن لا يرعى معها غيرها ، فإنه يجب عليه أن يوفى له بشرطه ، فإذا توالدت حملاً على رعاية الأولاد على سنة أهل البلد الذي هم فيه والمتعارف عليه [ ] (٢) حملاً عليها لم يلزم الراعي رعاية الأولاد إلا

---

(١) غير واضحة بالأصل .

(٢) غير واضحة بالأصل .

بزيادة الأجر إن شاء ؛ لأن ذلك عليه تعـب ومشقة ، وذلك لازم في المعينة والمضمونة ، وهو نصه في « المدونة » .

والجـواب عن الـوجـه الرابـع : إذا سمى عـدة معينـة أو غير معـينة ، ويشتـرط ألا يرعى معها غيرها مثل أن يســتأجره على أن يرعـى مائة معينة أو غير معينة كـان للراعي أن يؤاجر نفسه في رعاية غـيرها إذا كان لا يضر بالأولى ، وكان يقوى على أكثر منها .

فإن كان لا يقوى إلا أن يدخل فيه مـن يرعى معه ، هل يجوز ذلك أم لا ؟ على قولين :

أحدهـما : أن ذلك جائز إذا لم يدخل بالثانية على الأولى ضررًا ،وهو قول ابن القاسم في « الكتاب ».

والثـاني : أن ذلك لا يجوز له ؛ لأنه فسخ عـمل معين في غيره ؛ لأن منافعه قـد عينت في رعاية جمـيع ذلك العدد ، فإذا أدخل معـه راعيًا آخر يعينه علـى رعايتها فقد تولى الثـاني بعض العمل الذي استؤجـر عليه فسخ الأولى ، وذلك فسخ المعين في غيره ، وذلك ظاهر لمن أنصف .

فإن دخل في الثانـية على الأولى مضرة ، فلربهـا أن يمنعه من ذلك ، وإن شرط عليه في أصل عقد الإجارة ألا يـرعى معها كان ذلك له ، وعلى الراعي أن يفي بعـهدة الشرط ، فإن لم يف به ورعى معهـا غيرها كان في الإجارة الثانية قولان :

أحدهـما : أنها للأول ويخير بين أخذها أو يـفسخ عن نفسه ما زاد في الأجرة لمكان ذلك الشرط وإن أحب أخذ قيـمة تلك الزيادة ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » إلا أني زدت في كلامه بيانًا وتفسيرًا بما يقتضيه .

والـثانـي : أن الأجرة للراعي إذا لم يدخل عـلى الغنم الأولى ضررًا ،

وأنه لا يحط له من الأجر الأول شيء ، وهو قول غيره في « المدونة » .

ووجه قول ابن القاسم :أن الأول قد زاد في الأجرة احتياطًا لغنمه فلا تبطل [مقالته] (١) في تلك الزيادة .

ووجه قول غيره أن الأجير قد يحط من أجرته لمكان راحته ورغبة في دفع المؤونة العظيمة عن نفسه .

وهذا السؤال مشترك الإلزام .

فإن انتقصت الأولى لمكان رعاية الثانية معها فلا يخلو من أن يكون قد اختار فيما يجب له فيما [أجربه] (٢) نفسه في الثانية أو يكون قد اختار أن يفسخ عن نفسه ما ينوب ذلك الشرط أو أخذ قيمة تلك الزيادة كان له أخذا مع قيمة ذلك النقص [والحمد لله وحده] (٣).

❑❑❑

(١) في أ : مقاتلته .

(٢) في أ : أجرته .

(٣) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الحادية عشرة
في تضيمن الأجراء والصناع
مع تقدم الكلام في تضمينهم

أما الأجراء فهم على ضربين : أجراء الصناع ، وأجراء الحفظ والرعاية .

فأما أجراء الصنع فقد أطلق ابن القاسم في « المدونة » و« الموازية » سقوط الضمان عنهم فيما إذا ادعو الضياع ، وفرق بينهم وبين الصناع بأن الأصل سقوط الضمان عن الجميع ؛ بدليل الأمانة ؛ لأن المالك ما أسلم ملكه إلا لغرض له في ذلك ، فضارع المودع ؛ لأن السر في سقوط الضمان عنه حصول الغرض الناجز للمودع بحفظ المودع له سلعة لا الحفظ العاري عن الأجرة ؛ بدليل أنه لو أخذها لم يخرجه أخذها عن قانون الأمناء في سقوط الضمان ، وهذا هو الأصل المستمر في قواعد الشرع ، لكن استولى التعبد على تفصيله ، فضمن باعتبار عموم البلوى على ما تقدم تفصيلاً وتحصيلاً ، وبقى الأجير على الأصل ، هكذا جاءت الرواية عن ابن القاسم بسقوط الضمان عن الأجير الصانع، وأن الضمان على الصانع الأجير ، فاختلف الأصحاب في تأويل قول ابن القاسم فمنهم من قال: إنما يصح ما قال ابن القاسم إذا كان الأجير يعمل بين يديه ، ونصب عينيه ، وأما إذا كان يغيب على أخذه [ويجوزه] [1] فإنه يضمن كالصانع ، وهو قول أشهب في « الموازية » ، ولابن القاسم في «العتبية » مثله .

ومنهم من قال :إذا كان الأجير يعمل مقاطعة على العمل فلا فرق بينه

(١) هكذا في الأصل ولعلها : وحوزه .

وبين الصانع في الضمان ، فإذا كان يعمل مياومة التحق بالأجراء الساقط عنهم الضمان وانقطع عن الصناع الثابت عليهم الضمان .

والتأويل الأول أظهر ولاسيما مع نص أشهب ، ونص قوله في «الموازية»، وإذا ذهب أجير الغسال بالثياب [ق/ ٩٥/ ٢أ] إلى البحر فزعم أنها ضاعت ضمن ، وقال في الخياط : يدفع الثيات إلى أجرائه ، فينقلبون بها فيزعمون أنها ضاعت ، فإنهم ضامنون .

وأما أجراء الحفظ والرعاية فعلى ضربين : فضرب لهم تعلق بالعمل، وضرب آخر لهم حفظ ورعاية مجرد عن العمل .

وأما من له تعلق بالعمل كصاحب الحمام تضيع عنده ثياب الناس ، هل يضمنها أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه ضامن لها ، وهي رواية ابن القاسم في « العتبية » أنه قال: أمرت صاحب السوق يضمنون أصحاب الحمامات ثياب الناس ، أو يأتون بمن يحرسها .

والثاني : أنه لا ضمان عليه ، وهو اختيار اللخمي .

وسبب الخلاف : اختلافهم في صاحب الحمام ، هل يلحق بالصناع أو بالأجراء ؛ فمن ألحقه بالصناع قال :يضمن ؛ لأن المقصود منه العمل والتنظف في الاغتسال فيضمن ما لا يستغني عنه الداخل في الحمام وهي ثيابه [وفرقه] [1] ؛ لأن ثياب الداخل جرت العادة من أهل الحمامات بالجناية عليها [والشروع] [2] إلى إتلافها ، فاقتضت المصلحة تضمينهم لها

---

(١) هكذا بالأصل .

(٢) في أ : والشرع .

تضمين الحمالين الطعام وحده لكونه محل الجناية غالبًا ، فمن ألحقه بالأجراء وقال : وإن كان صاحب الحمام من الصناع المنتصبين والعمال المتصديين فإن الداخل فى الحمام إنما اشترى منافع هو يتولى قبضها بنفسه وهو الانتفاع بالحمام وثيابه خارجًا في حكم الوديعة لا صنعة فيها ، ولا إجارة عليها ، وإن دفع صاحب الثياب أجرة الحارس كانت الأجرة للأمانة، فصار بمنزلة من أودع وديعة ، فليس له أخذ الأجرة عليها بالذي يخرجه عن أن يكون أمينًا إلا أن تظهر الجناية فيضمن الأجراء من هذا الوجه .

فإن أتى بحارس هل يضمن الحارس ما تلف منها أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه ضامن ؛ لأنه أجير مشترك ، وهو قول ابن حبيب.

والثاني : أنه لا يضمن ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » في أجير الصانع ، وهو قوله في « كتاب محمد » أيضًا .

فقد اختلف المتأخرون في تأويل قول مالك في « المدونة » : « لا ضمان على حارس ثياب من دخل الحمام » هل أراد بذلك صاحب الحمام نفسه ؟ وهو ظاهر قول أبي محمد في « النوادر » حيث قال بتضمينه على قول مالك في « العتبية » قد قال في كتاب آخر : لا يضمنون .

وقال بعض المتأخر ين : ما لوح به أبو محمد إنما هو عندي ما وقع في المدونة في الجعل ، والإجارة منها من قوله : لا ضمان على حارس ثياب من دخل الحمام ، وقال هذا المتأخر : هذا خارج عما نحن فيه ، وأشار إلى أن ما في المدونة إنما هو في الأجير على الحفظ قد استؤجر على الحراسة للعرية عن العمل ، فصار أجيرًا لصانع ، ومنهم من حمل الكلام على ظاهره ،وأشار إلى أن ما في « المدونة » إنما هو صاحب الحمام نفسه ، والكلام محتمل كما ترى .

وأما الأجير الحافظ غير العمل ، مثل أن يستأجر على حرس الثياب في منشر القصار أو على حرس الطعام في الأندار أو على ساحل البحر أو استأجره البحار على حرس الأحمال في الرحبة ، إنه يسقط عنه الضمان إذا ادعى الضياع ، ولا يضمن إلا بالتعدي والغفلة ، وليس النوم من ذلك إلا أن يفرط فيه فيضمن .

وقال بعض المتأخرين في الراعي إذا نام في الشتاء أول النهار أو في آخره في الصيف ضمن ؛ فكذلك الأجير على الحفظ ؛ إذ لا فرق في ذلك بين ما يغاب عنه ، وما لا يغاب عنه ،وإنما التعدي أن يذهب ، ويترك ما استحفظ أو يشتبه عليه السارق ، فيتركه حتى [يأخذ] (١) المتاع ظنًا أنه مالكه ، فهذا يضمن وهو قول ابن القاسم في « العتبية » [والحمد لله وحده] (٢) .

❑❑❑

(١) في أ : إذا أخذ .

(٢) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الثانية عشرة
في الذي أجر عبده ثم يبيعه قبل انقضاء أمد الإجارة فالإجارة أولى بذلك اتفاقاً

ثم لا يخلو المشتري من أن يعلم بذلك أو لا يعلم ، فإن علم بذلك قبل انقضاء المدة فلا يخلو ما بقى من أمد الإجارة من أن يكون يسيراً أو كثيراً .

فإن كان يسيراً كاليوم واليومين وما أشبه ذلك ، فالبيع جائز إذا رضي المشتري بذلك قولاً واحداً ؛ إذ يجوز للبائع أن يستثنى هذا القدر في أصل العقد .

فإن كره المبتاع انتظار مضى باقي المدة ، هل يلزمه ذلك البيع ويجبر على التربص ؛ إذ لا ضرر عليه في ذلك؛ لأنه شيء أوجبته الأحكام ، وهو تأويل بعضهم أيضًا .

فإن كان كثيراً ،فهل يجوز للمشتري الرضا بالتربص إلى انقضاء أمد الإجارة ، ويجوز البيع أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يجوز له الرضا بذلك لوقوع العقد على الفساد ؛ لأنه من المعين يقبض إلى أجل ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

والثاني : أنه يجوز للمشتري الرضا بذلك ،ويجوز البيع ؛ لأن العلة في المعين يقبض إلى أجل ضمان بجعل ؛ وذلك أن المشتري اتهم في أن يشتريه بأكثر من ثمنه ليبقى في ضمان البائع إلى ذلك الأجل فتلحقهم التهمة في التواطؤ على ذلك ، ولا تهمة في مسألتنا هذه ؛ لأن ذلك شيء أوجبه الحكم ، ومشهور المذهب أن ما يوجبه الشرط على خلاف ما يوجبه الحكم، وهذا القول يستقرأ من المدونة من غير ما موضع .

فإن لم يعلم المشتري بذلك إلا بعد انقضاء أمد الإجارة ، فلا يخلو تأتيها من أن يكون يسيرًا أو كثيرًا .

فإن كان يسيرًا ، فالبيع لازم للمشتري قولاً واحدًا ، وهل له المقال في أجرة هذين اليومين أم لا ؟ على قولين :

فعلى القول بأنه يجبر على التربص إذا علم قبل مضي بقية المدة ،وإن كان ما بقى منها يومًا أو يومين تكون الإجارة للبائع .

وعلى القول بأنه لا يجبر تكون الإجارة له .

فإن كان باقي المدة كثيرًا ، فهل يجوز للمشتري الرضا بهذا البيع أم لا؟ على قولين :

أحدهما : أنه يجوز له الرضا بذلك ؛ بل يلزمه ؛ لأنه كعيب ذهب قبل علمه ، وهو تأويل بعضهم .

والثاني : أنه لا يجوز له الرضا به ؛ لأنه بيع وقع على الفساد ، وهو تأويل بعضهم أيضًا .

وعلى القول بأنه يجوز له الرضا بذلك البيع لمن تكون إجارة بقية المدة؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها للبائع ، ويغرم المشتري جميع الثمن .

والثاني : أنها للمشتري .

والثالث : أنها للبائع ويرجع عليه المشتري بما بين قيمة البيع على القبض ناجزًا وقيمته حتى يخرج من الإجارة أن لو جاز البيع على ذلك ، فيرد عليه قدر ذلك من الثمن يقال : ما يساوي على أن يقبضه في الحال مثلاً ؟ فيقال : عشرة ، ويقال : ما يساوي على أن يقبض بعد شهر ؟ فيقال :

ثمانية ، فيرد عليه البائع خمس الثمن .

والأقوال الثلاثة كلها للمتأخرين [والحمد لله وحده] [١].

❑❑❑

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الثالثة عشرة
في مرض أحد الأجيرين
أو الشريكين أو المستأجرين على حفر بئر

إذا مرض أحدهما فلا يخلو حالهما من ثلاثة أوجه :

إما أن يكون العمل بينهما مضمونًا ، وإما أن يكون معينًا ، وإما أن يبهم الأمر .

فإن كان العمل مضمونًا ، فمرض أحدهما وقال الآخر : جميع العمل فعلى رب البئر جميع الأجرة لهما نصفان : نصفها للمستوفي ،ونصفها الآخر للمؤوف ، ولا سلطان لرب البئر عليهما ؛ لأن العمل بينهما مضمون وها هو موفور .

وهل للمستوفي مطالبة المؤوف في أجرة ما عمله له أم لا ؟

فإنه يتخرج على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه لا مطالبة له عليه ؛ لأنه في حكم المتطوع له ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني : التفصيل بين أن يكون حفره في أول مرضه ، ثم لا شيء له عليه لتركه التثبت لعله يصح فيحفر معه ، وإن كان بعد أن طال به المرض فله عليه الأقل من إجارة مثله أو إجارة غيره ممن كان يعمل معه أو استبانة المؤوف .

فإن كانت إجارته أقل لم يكن له غير ذلك ، فإن كانت إجارة غيره أقل لم يكن له إلا ذلك ، وهو [قول] [1] اللخمي .

---

(١) سقط من أ .

والثالث : التفصيل بين أن يكون المؤوف ممن عادته مباشرة الخدمة ، أو كان ممن يفتقر إلى الاستئجار ؛ فإن كان ممن يتولى العمل بنفسه ، ويباشره بيده ، فلا شيء للمستوفي عليه ، فإن كان مفتقرًا إلى الاستئجار في الصحة والمرض ، فللمستوفي عليه ما كان يستأجر به في مثل ذلك قياسًا على من حصد زرعًا لغيره بغير إذنه أو حفر كرمه أو حرث أرضه ، فإن ابن حبيب قال فيه بالتفصيل الذي قدمناه .

فإن كان العمل معينًا حيث تنفسخ الإجارة بالموت والمرض فللمستوفي له نصف الأجرة على صاحب البئر ، وهل له عليه نصفها الآخر أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا شيء له عليه ، وهو له متطوع ، وهو قول ابن القاسم وسحنون .

والثاني : أن له عليه الأجرة كاملة ، وهو قوله في « كتاب ابن حبيب ».

واختلف هل ينفسخ العقد على [ق/٩٦/ ٢أ] المؤوف ،ولا شيء له على صاحبه أو له أن يستعمله في مثل ذلك ؛ فإنه يتخرج على قولين :

أحدهما : أنه يستعمله في مثل ذلك إن أمكن ؛ لأن محل الأجير لا يتعين ، وهو قول ابن القاسم في البقعة إذا غرقت بعد أن استؤجر على حرثها .

والثاني : أن الإجارة تنفسخ بينهما بناء على تعيين محل العمل ،وهو قول أشهب في البقعة المذكورة.

فإذا قلنا بالفسخ لتعذر الخلف عاد مقام المؤوف مع المستوفي فيقول له : أبطلت عليّ حقي ،ولم آمرك بحفر نصيبي ، فإن كان حفر المستوفي بعد

طول المرض ، فلا شيء له لضرورة التربص ، وإن كان في أوله ، فللمؤوف عليه أجرة المسمى ؛ لأنه أبطله عليه ، ثم للمستوفي أن يستعمل المؤوف في مثل ذلك ، هكذا قيل .

وأما الوجه الثالث : إذا أبهم الأمر ،وأطلق العقد ، فابن القاسم يرى في العمل مضمونًا في كون المستوفي متطوعًا للمؤوف ، وسحنون يراه معينًا في كون المستوفي لصاحب البئر متطوعًا ولا مشاحة بينهما مهما فهم الغرض.

وأما الجواب عن الوجه الثاني : إذا مرض أحد الشريكين ، ولا تخلو الشركة من أن تكون بدنية أو مالية ، فإن كانت مالية فالربح بين المستوفي والمؤوف ، وله عليه أجر عمله ؛ لأن المال سبب للربح ، وهو مما يختلف.

وأما البدنية فلا يخلو المرض من أن يكون يسيرًا أو كثيرًا ، فإن كان يسيرًا فما الغالب فيه التسامح ، فالربح بينهما ، ولا شيء [للمعافي] (١) على المؤوف .

فإن كان كثيرًا ، فهل يكون [المعافى] (٢) متطوعًا للمؤوف ؟ قولان :

أحدهما : أنه متطوع له ،وهو قول أشهب .

والثاني : أنه لا يكون متطوعًا ، وهو قول ابن القاسم ، فعلى قوله يكون الربح بينهما ، ويطالبه بأجرة عمله ، وأما سحنون فقد اعتبرهما بالأجيرين ؛ لاعتقاده أن شريكي البدن لا يلزم أحدهما ما أخذه الآخر إلا ما اجتمعا على أخذه والتزماه من الضمان ، وابن القاسم يرى هذا الإلزام مستفاد من تفسير العقد لا من الشرط ويفرق بينهما وبين الأجيرين ؛ فإن

---

(١) في أ : للمعفي .
(٢) في أ : المعفي .

الشريكين كـل واحد منهما حميل عـلى صاحبه ضامن عنـه ما تقبلاه ؛ إذ المبتاع مما يضمـن ، فلهذا لم يصر الصحيح متطوعًـا ، وأما الأجيران فليس أحدهما ضمينًـا ولا حميلاً ؛ إذ البئر لا يضمن فلذا صـار الحافر متطوعًا ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الرابعة عشرة
فيمن استأجر رجلاً يبني
له حائطًا فبنى نصفه فانهدم قبل تمامه

فقد قال ابن القاسم في « الكتاب » : له بحساب ما بنى ، وليس عليه بناؤه ثانية ـ كان الآجر والطين من عند الأجير أو من عند صاحب الحائط ـ ثم قال : وقال غيره : لا يكون هذا إلا في عمل رجل بعينه ، ولا يكون مضمونًا .

وقال سحنون : وإذا كان مضمونًا كان عليه تمام العمل ، وهذا في رواية ابن أبان ، وفي رواية الدباغ إلا أن اسم سحنون سقط [عند] [1] الدباغ ، وعلى هذه الرواية نقلها ابن أبان ، وعلى هذا المعنى اختصرها ابن أبي زيد ، فقال : هذا في عمل رجل بعينه ، وعليه في المضمون تمام العمل ، ووقع في بعض الأمهات ، قال غيره : لا يكون هذا في عمل رجل بعينه ، ولا يكون إلا مضمونًا ، وعليه في المضمون تمام العمل ، وقال سحنون في بعض الأمهات : مسألة الغير أصح مسائلنا ، وهو أصل جيد ، فعلى ما اختصر عليه الشيخ أبو محمد بن أبي زيد يكون قول الغير وفاقًا لقول ابن القاسم ،وهي الرواية المشهورة ، وعلى الثانية التي قال فيها لا يكون هذا في عمل رجل بعينه يكون خلاف قول ابن القاسم ، ويكون قول الغير ها هنا مثل قوله في المسألة الواقعة في أول الكتاب في الذي يستأجر رجلاً على أن يبني له دارًا على أن الجص والآجر من عند البناء ، فقال مالك وابن القاسم : إن ذلك جائز قالا : لأنها إجارة وشراء جص

---

(١) سقط من أ .

وآجر صفقة واحدة .

وقال غيره : إذا كان على وجه القبالة ، ولم يشترط عليه عمل يده ، فلا بأس به إذا قدم نقده فحمل الغير المسألة أنها كالسلم ، فيلزم فيها شروطية ، وإن لم يذكر ضرب الأجل ؛ لأنه يرى المقبوض والمعجل في جنب ما بقى تبعًا وقليلاً ، وأمد الفراغ منها معلوم ، وما يدخل فيها من جص ، وآجر معلوم لا يخفى على الناس ، فاستغنى عن ذكره ، وابن القاسم لم يراع هذا ؛ بل رآها إجارة وبيعًا ـ كانت من عمل رجل بعينه أو بغير عينه ـ ؛ فصار شبيهًا ببيع السلعة للحاجة إلى ذلك ؛ ولأن أمد فراغها معلوم وما يدخلها معلوم ، وأنه يشرع في العمل ، وأنه أمر قد [تعارفه][1] الناس ، ومسألة بناء الحائط من هذا القبيل ، فكل ما بنى فقد برئ منه ، وصار في حكم المقبوض ، فإذا انهدم قبل تمامه كان ضمانه من الأجر وللأجير من الأجر قدر ذلك ، ولا تلزمه الإعادة ثانية إلا أن يكون سقوطه من سوء صنعته ، فيلزمه البناء ثانية ، وتمام المسألة في الأسدية قال فيها : فإن تشاحا فعليه أن يبني ما بقى من العمل فيما يشبه ، وله أجره كله إلا أن يكون ذلك من سوء صنعة البناء فعليه أن يعيده حتى يبني الحائط كله .

قلت : فإن لم يكن من سوء صنعة البناء فهل له أجرة كله ، وعليه أن يبني ما بقى من العمل فيما يشبهه وله أجره إذا تشاحا وطلبا ذلك ؟ قال : نعم .

وبهذه الزيادة يتبين معنى المسألة ويزول ما فيها من [الإشكال] [2] [والحمد لله وحده] [3] .

❑❑❑

---

(١) في أ : تعارفها .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة ليست بالأصل .

المسألة الخامسة عشرة
في التداعي بين الآجر والأجير

اعلم أن التداعي يحتوى على عدة مسائل [لاكنا] (١) نقتصر منها على الغامض ونغضي عن الواضح ، فنقول وبالله التوفيق : لا يخلو من ثلاثة فصول :

أحدها : أن يتقاررا على التسليم ، والتسليط على العمل ، ويختلفا فيه .

والثاني : أن يتقاررا على التسليم ، ويختلفا في التسليط على العمل .

والثالث : أن يشاركا التسليم رأسًا .

والجواب عن الصورة الأولى : نورده في خمسة معارض متدانية الجواب متقاربة المآخذ :

منها أن يتفقا على العمل لكن صاحب السلعة يقول بغير أجر [والصانع] (٢) يقول بأجر .

ومنها : أن يختلفا في عين العمل المراد .

ومنها : أن يختلفا في مقداره .

ومنها : أن يختلفا في السكوت عن ترك ذكر الصفة ، فيقول الآجر : أمرتك بكذا ، ويقول الأجير : ما أمرتني بشيء ، ومنها أن يتفقا على ترك الذكر ثم يختلفا بعد ذلك فيقول الآجر : ما أردت هذا ،ويقول الأجير :

---

(١) في أ : لكنها .

(٢) سقط من أ .

رأيته مما يصلح لك .

فالأول : إذا اتفقا علـى العمل لكن صاحب السلعة يـقول بغير أجر ، والصانع يقول بأجر ، ففيه قولان منصوصان في الكتاب :

أحدهما :أن القول قول الصانع مع يمينه إذا أتى بما يشبه ، وإن لم يأت بما يشبه ، فإنه يرد إلى إجارة المثل ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني : أن الصانع يحلف ، ويأخذ الأقل مما ادعى أو من أجرة المثل، وهو قول الغير في الكتاب .

ووجه قول ابن القاسم : قيام الدلالة على قبول قول مدعي الاشتباه دون من لم يدعه ،ولا خفاء أن الصانع إنما انتـصب وتصدى غالبًا للاكتساب لا للتعب والانتهاب ، والآجر يدعي خلاف هذا الظاهر فعليه البيان .

ووجه قـول الغـير : أنه لا يصدق واحد منهمـا ؛ لأن كل واحد منهما مدع على صـاحبه صاحب السـلعة يدعي الهـبة ، فعليه الـدليل ، والآجر يدعي الأجرة ، فـعليه البيـان ، فيحلف علـى كل حال ليحقـق المال الذي ادعاه ، وأما يمين صـاحب السلطة ، فتـسقط تارة ، وتثبت أخـرى تسقط فيمـا إذا كان المدعي أقل مـن إجارة المثل أو مثـلها ، وتثبـت إذا كان زائدًا عليها ليحط عن نفسه النائف.

وأمـا الثـانـي : إذا اختلفـا في عين المراد هذا يقول أحمـر ،وهذا يقول أخضر أو بالعكس .

والـثالـث : أن يختلفا في مقدار الأجـر هذا يقول عشرة ، وهذا يقول خمســة فجواب القسمـين واحد ؛ وهو أن ينظـر فإن كان ذلك قبل الـعمل فلابد من التحالف على ما ذكرناه في البيوع ، فإن كان بعد العمل ، فالقول قول الصـانع إلا في البـناء ، فالقول فـيه قول رب العـرصة إذا اختلـفا في

الأجرة على ما نقله أبو محمد في « النوادر » عن ابن نافع عن مالك إذا اختلفا في المراد ، فقال صاحب العرصة : أردت عشرة في عشرة ، وقال البناء : خمسًا في خمس تحالفا ، فإن نكل أحدهما وحلف الآخر ، فالقول قول الحالف فإن حلف فسخ ذلك ، ويقلع البناء نقضه إلا أن يريد صاحب العرصة أن يأخذ نقضه مقلوعة ، والذي أوجب داره أن التصديق لدلالة وضع اليد [ق/ ٩٧/ ٢أ] على الشيء المدعي فيه له أصل في الشرع ، ونظير في السمع كما نقله في تكافؤ الدعاوى وعدم الترجيح ، فإذا ثبت ذلك ، فتصديق الصناع ؛ لأنهم حائزون لما قبضوا فلا يؤخذ منهم إلا بما قالوا . وأما البناء فليس بحائز للعرصة ، ولا لما فيها ؛ بل الحائز ربها على القول بأن الأملاك تحرز على ملاكها ؛ فلهذا لم يصدق البناء .

ومما ينخرط في سلك التداعي في عين المراد مسألة الحجام الواقعة في الباب جرى فيها ابن القاسم وسحنون على المقول الذي فرغنا منه آنفًا ؛ فابن القاسم يصدقه في الأجرة ، وفي طرح العداء عن نفسه ؛ لأنه من البعيد أن يمكنه العليل من قلع ما لا يريد ، وسحنون يصدقه في طرح العداء إلا في الأجرة ويتحالفا فيدفع الحجام شبهة العداء ، ويدفع العليل بيمينه ما ناف على أجرة المثل حتى لو كانت تسميه مثل إجارة المثل أو أقل لم يكن ليمينه وجه .

وقال في بعض الأشياخ : إنما يتصور الخلاف في هذه المسألة بحصول الأشباه بكون الذاهبة معتلة ، والباقية مختلة ، فأمًّا إن كان الذاهبة معتلة ، والباقية غير مختلة لكان القول قول الحجام لانفراده بالأشباه ، والآخر يريد سقوط الأجرة .

ولو كانت الباقية مختلة والذاهبة غير معتلة علم ذلك بالنظر إليها في موضعها إلا أن القول قول العليل ، ويحلف حذار الغلط منه في الذاهبة

لمعاراتها الباقية في الألم ، ويستحق دية الذاهبة إلا أن يكون في الباقية دليل على فسادها من اسودادها وصفًا للذاهبة ، فيصدق العليل من غير يمين .

وأما الوجه الرابع : وهو الاختلاف في ترك الذكر مثل أن يقول الصانع بعد أن قطع الثوب قميصًا مثلاً : لم تأمرني بشيء ، وقال صاحبه : بل أمرتك بقطعه فيتقاررا أو لا ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن القول قول الصانع مع يمينه إلا أن يقطعه قطعًا لا يلبسه الآجر ، وهو قوله في « الموازية » .

والثاني : إذا أقر الصانع أنه لم يأمره بشيء فهو متعد ، وهو قول أحمد ابن ميسر قال : وإنما يصح الجواب على ما في الموازية إذا قال له صاحب الثوب : اقطعه على ما ترى ، وقد عرف ما يقطع الرجل .

فوجه القول الأول : أنه لما صدق في الاختلاف ، ففي المقدار ، وفي المراد لما قدمناه من قوة دلالة اليد ؛ فكذلك يصدق في إنكار الصفة .

ووجه القول الثاني : أن الصانع إذا أقر أنه لم يؤمر بشيء ، فهو مبعد لإقدامه على العمل دون صفة ، ودون ما يقوم مقامه من العرف.

وأما الخامس : إذا اتفقا على ترك الذكر ، فيختلفا بعد ذلك فقال الآجر: ما أردت هذا ، وقال الأجير : رأيته مما يصلح لك ، فنص المذهب على أنه إن عمل ما يشبه لباس الرجل لم يضمن ، وإن كانت الصنعة عامة بفحواها شاملة لمبناها ، فالواجب تنزيلها على محل أحكام العرف ؛ لأنه أصل في الأحكام والقيد العرفي كالقيد الشرطي .

والجواب عن التفصيل الثاني : إذا اتفقا في التسليم واختلفا في التسليط؛ مثل أن يدعي الصانع أنه استعمله فيه ، والآجر يقول : بل استودعتكه ،فالمذهب على قولين أيضًا :

أحدهما : أن القول قول الصانع مع يمينه إذا أتى بما يشبه ،ووجهه : ما قدمنا الإشارة إليه من شهادة العرف للصانع ؛ لأن استصناعهم هو الغالب المعتاد واستيداعهم هو النادر الشاذ ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه مصدق في طرح العداء مع يمينه ، ولا يصدق في التسمية إذا زادت على إجارة المثل ، فأقل لم يكن عليه يمين ، وهو قول الغير .

والتوجيه ما تقدم من مسألة الحجام .

والجواب عن الفصل الثالث : إذا تناكر التسليم رأسًا ، وقال : سرق مني ، وقال له صاحبه وهو يحاوره وهو الأجير : بل استعملتني ، وجاء معمولاً ، فلا يخلو من أن يضيف إليه السرقة ، أو قال : سرق مني ولم يضفها إليه .

فإن قال : سرق مني ، ولم يضفها إليه ، ولا عين عمرًا من زيد ، فالمذهب على قولين منصوصين في « المدونة » :

أحدهما : أن كل واحد منهما مدع على صاحبه ، وهو قول ابن القاسم، ووجهه أن كل واحد منهما جاء بما يشبه ؛ لأن الصانع يدعي الاستصناع ، ولها حلس والأجير لما أنكر التسليم والتسليط صار مدعى عليه، قال ابن القاسم : يتحالفان ، فإذا تحالفا فصاحب الثوب بالخيار ؛ لأن الأصل له ، وقيل له : ادفع إليه أجر عمله ، فإن أبى قيل للآخر : ادفع إليه قيمة ثوبه غير معمول ، وهذا بقيمة عمله .

والثاني : أن العامل مدع ، ولا يكونا شريكين ـ يريد ؛ لأنه ادعى الاستعمال على المالك ـ ويجبر على غرم القيمة ، وإن أراد صاحب الثوب، ولا يكونان شريكين ،وهو قول غيره في المدونة ، وإنما جعلهما ابن القاسم شريكين ؛ لأن اختلافهما شبهة على ما قدرناه ، فإذنهما الإباه إلى الشركة

كالأنثى تشبهه .

وأما إذا أضاف السرقة إليه ، فقال : سرقت متاعي ، فإن كان الصانع ممن يشاء إلـيه بذلك ، وهو صانع منتصب كان الجواب على ما تقدم من الخلاف لقيام الشبهة ، ولا عقوبة على المدعي .

وإن كان ممن لا يشار إليه بذلك كان القول قول الصانع ، ويعاقب الآجر.

واختلف أشياخنا في تأويل هذه المسألة ؛ فمنهم من حملها على ظاهرها ، وقال : التحالف قبل التخيير يحلف صاحب الثوب أولاً ليدفع عن نفسه ما ادعى عليه من التسليط ، ويحلف الآخر ليدفع ما ادعى عليه من التعدي ؛ لأن التخيير إنما يستحق بالتحالف ؛ يقال لصاحب الثوب : ما تريد؟ فإذا قال : تضمين قيمة ثوبي ، كان التحالف على ما في «المدونة»، فإن قال : أريد ثوبي نظر إلى قيمة ما فيه من العمل .

فإن كان أكثر من دعوى الصانع ، أو مثله فلا أيمان بينهما ،ويقال له : هبك أن الأمر كما قلت أما كنت تقدر على أخذه إلا بعد غرم إجارة المثل أو ما ادعى الصانع إن كان أقل لأجل الشبهة .

فإن كان مما ادعى الصانع أكثر حلف صاحب الثوب وحده يسقط الزائد، وإن نكل حلف الصانع وأخذ المسمى ، قال : وهذا إذا لم يضف السرقة إليه ، فأما إن أضافها إليه ، فلابد من التحالف ليوجب أحدهما الضمان ،ويبرأ منه الآخر .

ومن هذا القبيل فمسألة اللات الذي قال : أمرتني أن ألته بكذا ، وقال الآخر : ما أمرتك بشيء ، قال في الكتاب : يقال لصاحب السويق : إن شئت فأعطه ما ألته به وخذ السويق ،وإن أبى قيل للآخر : اعطه مثل

سويقه غير ملتوت وإلا فأسلمه ملتوتًا ، ولا يكونان شريكين لوجود المثل القائم مقام العين ، وهذا قول ابن القاسم وغيره يقول : إذا أبى صاحب السويق من دفع الأجرة كان على اللات أن يغرم مثل سويقه غير ملتوت ، وهذا السؤال كالذي قبله ؛ لأن رب السويق ما أقر بالتسليم فضلاً عن التسليط، وإنما قال : سرق مني ؛ فرأى ابن القاسم أن التعدي لا يثبت بالتداعي فلم يضمنه المثل ؛ ولهذا جوز أخذه ملتوتًا ، ولم يره طعامًا بطعام متفاضلاً ،والغير يراه متعديًا بوضع اليد على مال الغير العاري عن الإذن ، فألزمه المثل عند الامتناع عن الأخذ ، ولم ير ذلك طعامًا بطعام متفاضلاً ؛ لأنه عن ذمته يعتاض ، ومن الأصحاب من لا يرى قول الغير خلافًا لقول ابن القاسم قائلاً بأن قوله وإلا قضى على اللاَّت ، يريد : إذا أبى صاحب السويق من أخذ الملتوت ، فللنظر فيما قال مجال [والحمد لله وحده][1].

❑❑❑

---

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة السادسة عشرة

في الذي يقول للرجل : احصد زرعي هذا ولك نصفه ، أو جذ نخلي هذا ، أو التقط زيتوني هذا ولك نصفه

ولا يخلو ذلك من أربعة أقسام :

أحدها : أن يقول : احصد زرعي هذا ، ولك نصفه .

والثاني : أن يقول : فما حصدت أو لقطت ، فلك نصفه .

والثالث : أن يقول : فما حصدت اليوم ، أو لقطت فلك نصفه .

والرابع : أن يقول : احصده وادرسه وذره على أن لك نصف ما يخرج منه .

فالجواب عن القسم الأول : إذا قال له : احصد زرعي هذا ولك نصفه ، فلا خلاف في المذهب في جواز ذلك لجواز بيعه على تلك الصفة، وكل ما يجوز بيعه تجوز الإجارة به ، فإذا حصد جميع الزرع ، فقد استحق نصفه ، ثم يكون ما بقى من العمل بينهما أنصافًا ، وكذلك الحكم إذا لم يقل كله ، فإن ضاع الزرع بعد الحصاد كان الضمان منهما جميعًا .

فإن هلك الزرع قبل الحصاد ؛ مثل أن يحترق أو يصيبه جليد [ق/ ٩٨/ ٢أ] وهو قائم هل يكون الضمان منهما جميعًا أم لا ؟ على قولين:

أحدهما : أن الضمان من ربه خاصة ؛ لأنه لا يدخل في ملك الأجير إلا بعد الحصاد ، وهذا القول يستقرأ من « المدونة » من غير ما موضع منها قوله في آخر « كتاب الجعل والإجارة » حيث قال : فأمَّا الحصاد فهو من حين يحصده وجب له نصفه ، فقال بعض المتأخرين : بهذا يستدل على أنه

إنما يجب له بعد حصاده ،ونصوص المذهب أن الأجير لا يستحق الإجارة إلا بعد استيفاء العمل ، فكيف يقال في هذه المسألة أن الضمان منهما جميعًا ، ويجعل الأجير يملك الأجر بنفس العقد ؟

ولا حجة لمن احتج بكون الأجير معينًا ، والمعين يدخل في الملك بنفس العقد ،وإلا كان من باب المعين يتأخر قبضه بدليل تعيين السلعة في البيع ؛ إذ للبائع أن يحجبها حتى يقبض الثمن ، ولاسيما على القول بأن المشتري هو المخاطب بتسليم الثمن أولاً ، فما دام المشتري لم يدفع الثمن ،فالسلعة في ضمان البائع والإجارة بيع ؛ إذ لا فرق بين بيع المنافع وبيع الأعيان.

فإذا جعلنا الأجير ها هنا كالمشتري ورب الزرع كالبائع والأجير مخاطب بتسليم المنافع أولاً ، فإذا مسكها صح له الزرع ،ودخل في ملكه ،وقبل أن يشرع في الحصاد يعني الزرع في ضمان ربه ، وذلك لا يخفى على من اعتاد اختراع أبكار المعاني ،وراض فكره في اقتباسها بالمعاني ، وأما من طبع بطبائع البليد ، وقيد بسلاسل التقليد ، فإنه عنده أخفى من الخفاء وأبعد من السماء .

وعلى القول بأنه في ضمانه بنفس العقد ، فما الذي يجب لرب الزرع على الأجير ؟ فإن المذهب فيه على قولين :

أحدهما : أن يستحصد الأجير في مثل ذلك الزرع ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » .

والثاني : أن عليه نصفُ قيمة الزرع ، وليس عليه [باقي] [1] نصفه ، وهو قول سحنون في الكتاب المذكور.

قال يحيى بن عمر : لأن الزرع يختلف ،وقاله ابن القاسم أيضًا .

---

(١) هكذا رسمها بالأصل .

والجواب عن القسم الثاني : إذا قال : فما حصدت أو لقطت فلك نصفه ، هل يجوز ذلك أم لا ؟ ففي الكتاب قولان :

أحدهما : الجواز ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن ذلك لا يجوز ، وهو قول غيره .

ووجه قول ابن القاسم : أن الأجير عالم بما ينفع من الزرع ؛ لأنه كلما أراد أن يقطع عرجونًا أو يحصد موضعًا ، فإذا وضع يده عليه فيحده علمه حينئذ قبل أن يجذه وجذه على علم أن له نصفه .

ووجه قول الغير : أن ذلك غرر وخطر لا يدري قدر ما يجذ ، ولا ما حصد ، ولا ما يلقط ،ولا يدري متى شاء ، وهل يترك بعد ما عمل قليلاً أو كثيرًا ؟

والجواب عن القسم الثالث : إذا قال له : فما حصدت اليوم أو لقطت فلك نصفه : فإن ذلك لا يجوز ؛ لأنه جعل والجعل لا يجوز فيه الأجل ؛ لأن الأجير غير عالم بما يصح له في ذلك إلا أن يشترط له أن يترك متى شاء ، فيتخرج على الخلاف الذي قدمناه في الجعل إذا ضرب فيه أجل ؛ فظاهر « المدونة » الجواز ، ولابن القاسم في « المدونة » أنه لا يجوز ، وقد قال في الذي قال : جذ نخلي هذا ، واترك متى شئت ولك نصف ما عملت أنه لا أجر فيه .

والجواب عن القسم الرابع : إذا قال : احصد زرعي هذا وادرسه ، ولك نصفه ، فهل يجوز ذلك أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما :أن ذلك لا يجوز ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » وغيرها .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهي رواية أشهب عن مالك في «العتبية » ، وهذا القول قائم من المدونة .

وعند ذكر منشأ الخلاف يتبين لك الاستقراء .

وسبب الخلاف : اختلافهم في بيع الزرع بعد حصاده وقبل دراسه، هل يجوز أم لا ؟ فمن رأى أن ذلك لا يجوز قال : لا تجوز به الإجارة ؛ لأنه استأجره بما يخرج من حبه ، وذلك مجهول قدره ؛ لأن بيعه على تلك الحالة غرر وخطر لكون الزرع أغمار لا يقدر على حرزه لتغيب بعضه بعض، وهذا هو المشهور الذي عليه الجمهور ، ومن رأى أن ذلك جائز ، وأن بيعه أغمار أو حالاً لا غرر فيه ، وأن ذلك يدرك حرزه بالتحري كما يدرك وهو قائم ، وهو محل الاتفاق قال : بجواز الإجارة بذلك .

والقول بجواز بيعه بعد حصاده قائم من المدونة من أول « كتاب الجعل والإجارة » حيث قال مالك : لو أن رجلاً باع حنطة في سنبلها على أن يدرسها ، ويدريها كل قفيز بدرهم أن ذلك جائز ، فلم يذكر الحصاد ، وظاهره أنه مخصور : فقال بعض المحققين : فيه دليل على جواز بيع الزرع المحصود حزمًا .

ويؤخذ له من آخر الكتاب المذكور : حين يحصده وجب له نصفه ، وهي رواية ابن نافع ، وأشهب عن مالك .

وأما قوله : « انقض زيتوني هذا ، فما نقضت من شيء فلك نصفه »، فإن ذلك لا يجوز ، ولا أعرف في المذهب فيها نص خلاف إلا شيئًا وقع في « النوادر » نقله الشيخ أبو محمد عن مطرف ، وابن الماجشون في الذي قال لرجل : انقض زيتوني هذا ـ أو قال القطه ـ ولك نصفه فجائز ، وكذلك إن قال : فما لقطت أو نقضت فلك نصفه ، وقال : وأجازه ابن

القاسم في اللقط ، ولم يجزه في النقض ، وهذا نص قوله .

فقال الشيخ أبو محمد: ومحمل قوله : فما نقضت يقول: ما جمعت؛ كقوله : اقطف كرمي ، أو جذ تمري بنصفه .

فإن كان مرادهما كما تأوله الشـيخ كان كما قال ابن القاسم ، وإن كان مذهبهما المساواة بين النقض واللقط كان خلافًا ، وربك أعلم .

والفـرق بـين اللقط والنقض أن اللـقط من جنس مقدور الـعبد ، وأنه متمكن منـه ، ولا حاجز ـ يحجزه إلا العجز والكـسل ، وذلك يرجع إلى أمر معلوم إن جد جلب وجمع الحب ، وإن تكاسل قل ما يتحوصل له من الحاصل ؛ فذلك يرجع إلى بذل الجد والاجتهاد .

وأما النقض ، فإنه غير منوط بمقدوره ؛ إذ قد يجد ويقصد ،ولا يسقط شيئًـا ، وقدره يتسـاقط ، والذي يسقـط مجهول تـارة يكثر ،وذلـك غاية الغرر، ونهاية في الخطر . [والحمد لله وحده] (١).

❑❑❑

---

(١) زيادة ليست بالأصل .

المسألة السابعة عشرة
في الجعل على طلب الآبق

ولا يخلو من وجهين :

إما أن يجعل فيه لمعين ، أو لغير معين .

فإن جعل فيه لمعين فلا يخلو من أن يجعل لواحد في اثنين أو لاثنين في واحد .

فإن جعل لواحد في اثنين ، فلا يخلو الجعل الذي جعل عليهما من أن يكون متساويًا أو مختلفًا .

فإن كان متساويًا وقد عرفهما المجعـول له أو جهلهما ،فالجعل فاسد ، فإن نزل ووقع وأتى بهما جميعًا ، ففيه قولان :

أحدهما : أن له العشرة التي سمى .

والثاني : أن له جعل مثله .

والقولان لابن القاسم في « الواضحة » .

وإن أبى أحدهما ،فالمذهب على أربعة أقوال :

أحـدهـا : أن له نصف الـعشر ، وهو قول ابن نافع فـي « الكتاب » ـ اتفقت قيمتها أو اختلفت .

والثاني : أن العشرة تقسم على قدر قيمته من قيمة الآخر من يوم أبقا ، فيعطى له العشرة بقدر ذلـك ، وهو قول أشهب ، وأصبغ في « كتاب ابن المواز » .

والثـالث : أنه له فيه جعل مثله علـى قدر عنائه وتعبه ، وهو قول ابن

القاسم في « المدونة » و« الواضحة » .

والرابع : التفصيل بين أن تتفق قيمتها أو تختلف ؛ فإن اتفقت قيمتها كان له نصف العشرة ، فإن اختلفت كان له جعل المثل ، وهو قول ابن القاسم في « الموازية » أيضًا ،والذي ينبغي إذا اتفقت قيمتهما أن يكون له نصف العشرة بلا خلاف وإلا فما وجه الخلاف في هذا الوجه .

فإن كان الجعل مختلفًا ؛ مثل أن يجعل في ناصح ستة دنانير ، وفي مرزوق أربعة فلا يخلو المجعول له من أن يكون يعرفهما أو لا يعرفهما .

فإن كان يعرفهما جاز قولاً واحدًا .

فإن كان لا يعرفهما ، فهل يجوز الجمع أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ، وهو الأحسن ؛ لأن من شرط الجعل أن يكون معلومًا ،ولا يجوز الجهل بمقداره ، وقد يسمع بواحد منهما في بلد ويقصده ،ولا يدري هل هو ناصح أو مرزوق ، والإجارة عليهما مختلفة .

والثاني : أن ذلك جائز ، وذلك الجهل مستخف لوجود مثل ذلك بعد معرفته بهما ، فقد يدل على عبد منهما ، ويسمع به ، ولا يعرف أيهم هو فيجوز له أن يمضي لطلبه قبل معرفته ، هل هو ناصح أو مرزوق ؛ لأن هذه ضرورة .

والقولان لابن القاسم في « كتاب محمد » ؛ فلهذا جوز الجعل في الكتاب المذكور ، وإن كان مختلفًا من غير مراعاة لقيمتهما هل هي متساوية أو مختلفة .

وأما إن جعل الاثنين في واحد ؛ مثل أن يجعل للواحد عشرة وللآخر خمسة فأتى بهما فالمذهب على قولين منصوصين في الكتاب :

أحدهما : أن العشرة بينهما أثلاثًا : لصاحب العشرة ثلثاها ،ولصاحب

[ق/٩٩/ ٢أ] الحسبة ثلثها ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أن يكون لكل واحد منهما نصف ما جعل له ؛ لأن كل واحد منهما أتى بنصفه ،وهوقول ابن نافع ،وقول ابن القاسم أوفى لصاحب الخمسة ، وقول ابن نافع أصح ، وأجرى على أصول الحساب .

وأما الوجه الثاني من أصل التقسيم : إذا جعل فيه لغير معين مثل أن يقول من جاءني بعبدي الآبق فله عشرة دنانير ، فجاء به رجل فلا يخلو هذا الذي من أن يسمع ذلك من الجاعل أو لم يسمع ، فإن سمع ذلك من الجاعل فله عشرة دنانير وسواء كان شأنه طلب الآباق أم لا .

فإنه جاء به من لم يسمع السيد ولا علم بالجعل ، فلا يخلو من أن يكون ذلك شأنه أم لا ؟ فإن كان ذلك شأنه فله الأقل من جعل المثل ، والمسمى وهو قول ابن القاسم في المدونة ، والعتبية ، وقد قال في كتاب اللقطة من المدونة : فله أجر مثله على قدر عنائه وتعبه .

فإن لم يعلم بالجعل ولا كان شأنه فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الجعل ثابت إذا قال عملت على الجعل ، ولم أتطوع بعملي ، ويكون له الأقل من المسمى أو المثل وهو قول ابن حبيب في واضحته .

والثاني : أن له النفقة ، ولا جعل له ، وهو قول ابن القاسم في كتاب اللقطة من المدونة .

واختلف إذا طلبه من علم موضعه ثم أتى سيده ، فقال له : اجعل لي هل يجوز ذلك أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا شيء له ؛ لأنه أخذ الجعل على ما وجب عليه فعله ، وهو قول ابن حبيب .

والثاني : أن يعطى له على قدر عنائه فيه إلى ذلك الموضع ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » .

واتفقـوا على أنه لا يجـوز له الجعل على مـوضعه ومكانـه ؛ لأنه قد وجب عليه إعلامه بذلك . تم الكتاب بحمد الله وبحسن عونه .

❑❑❑

كتاب المساقاة



كتاب المساقاة

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها ثلاث مسائل :

المسألة الأولى

في جواز المساقاة وشروطها التي يتوقف الجواز عليها

والمساقاة مشتق من سقي المثمرة ؛ إذ هو معظم عملها ، وأصل منفعتها، وهي سنة على حيالها وهي مستثناة من المخابرة وهي كراء الأرض بما يخرج منها من بيع الثمرة قبل طيبها ،وقيل : وجودها ، ومن الإجارة بالغرر والمجهول .

والأصل في جوازها مساقاة رسول الله ﷺ أهل خيبر ومعاملته إياهم على ذلك ، وللضرورة الداعية إلى ذلك ، وهي أصل منفرد بأحكام تختص به ، وتنعقد بالقول كسائر الإجارات والمعاوضات ، واختلف هل تنعقد بغير لفظها أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنها لا تنعقد إلا بلفظة المساقاة ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنها تنعقد بلفظ الإجارة ، وهو مذهب سحنون .

فإذا ثبت ذلك ، فاعلم أن الأصول في المساقاة ثلاثة :

أصل له ساق ثابت تجني ثمارها .

والثاني : ما ليس له ساق ثابت .

والثالث : ما يجز ويخلف .

فأمَّا الأصل الأول وهو ما له ساق ثابت يجني ثمارها وهو قائم كالنخل والأعناب ، وما في معناهما فلا خلاف في جواز المساقاة فيها بشرط واحد

وهو أن تكون المساقاة قبل الإزهاء لارتفـاع الضرورة ؛ إذ به يحل البيع فإذا جاز البيع منعت المساقاة .

وأمَّا الأصـل الثانـي ـ وهو ما لـيس له ساق ثـابت يجـني من أصـله كالزرع، وقصب السكر ،والبصل واللفت ، وسائر المقاني ،فقد اختلف في جواز مساقاته على ثلاثة أقوال :

أحدهما : جواز مساقاته جملة بلا تفصيل ، وهو قول ابن نافع .

والثـاني : أنه لا تجوز فيه المساقاة جملـة بلا تفصيل بين أن يعجز أو لا يعجز .

والثالث : التفصيل بين أن يعجز أو لا يعجز .

فإن عجز عنه صاحبه جازت فيه المساقاة .

وإن لم يعجز عنه لم تجز المساقاة ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

فعلى القول بجواز المساقاة على هذا التفصيل ، فلجوازه ثلاثة شروط :

أحدها : أن يكون ذلك بعد ظهوره من الأرض ، وإن كانت معينًا فيها، لم يجز لعدم شبهيته بالأصول قبل الإثبات .

والشرط الثاني : أن يكون ذلك قبل أن يحل فيه البيع لما تقدم .

والشرط الـثالث : أن يعجز عنه صاحبه عجـزًا ينعدم فيه لو ترك ، فإن لم يوجد العجز لم يجز .

والأصل الثالث من أصـل التقسيم : وهو ما يجز ويـخلف ؛ كالموز ، والقصب ، وسائر البقول ، هل تجوز فيه المساقاة أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهـما : أن مساقاتها لا تجوز بوجه ، وهو مذهب « المدونة » ،وهو

المشهور ؛ لأنها على أحد وجهين :

إما أن لا ينبت بعد ، ومساقاة المغيب لا تجوز .

وإما أن يكون قد نبت : فكذلك أيضًا لجواز بيعها باستقلالها ، فلا مساقاة بعد جواز البيع .

والثاني : جواز المساقاة فيها ، وهو قول ابن نافع وغيره .

والأصل في المساقاة ألا تجوز إلا في الأصول التي يتكدد بكدها الكادح؛ كالنحل والعنب ؛ إذ للعمل فيهما أمد بعيد ، وفيهما جاء الشرع بها .

فإذا ثبت هذا ، فمن منع المساقاة فيما تقدم رأى أن عملها متقاصر عن بلوغ المرتبة في الكد المتقضي للإجزاء .

ومن قال بالإجزاء قاسها على الأصول بعلة الأصالة .

ومن فصل فقد حصل ورآها عند عدم العجز بعيدة عن الأصول لتفاهة عملها ، وبالعجز تنحو نحوها ، وأقيم العجز مقام دوام العمل المتفق عليها، والحمد لله وحده.

المسألة الثانية
في حكم المساقاة الفاسدة

اعلم أن المساقاة الفاسدة والقراض الفاسد : الكلام بينهما واحد ، فلنجمع بينهما في الكلام في هذا المقام ، فنقول وبالله التوفيق :

اختلف أرباب المذهب في القراض الفاسد والمساقاة الفاسدة ؛ إذ فات بالعمل على أربعة أقوال :

أحدها : أنه يرد إلى قراض المثل ، أو إلى مساقاة المثل ، أو إلى إجارة المثل ، جملة بغير تفصيل ، وهو قول عبد الملك بن الماجشون ، وروايته عن مالك ، ويحكى هذا عن أشهب أيضًا .

والثاني : أن الحكم فيها إجارة المثل جملة بلا تفصيل ، وهذا القول مروي عن مالك أيضًا ، وبه قال الشافعي ، وأبو حنيفة في القراض الفاسد.

والثالث : أنهما يردان إلى الأقل من الجز المسمى ، أو من قراض المثل، أو مساقاة المثل إن كان الشرط من رب المال ، وإن كان العامل : فله الأكثر مما ذكرنا ، وهذا القول حكاه ابن المواز في القراض بالضمان .

والقول الرابع : إن ما كان من زيادة يزدادها أحدهما على الآخر على وجه ممنوع : ففيه يرد إلى إجارة المثل في القراض والمساقاة .

وإن كان شرط داخل من زيادة يزدادهما أحدهما على الآخر على وجه ممنوع : ففيه يرد إلى إجارة المثل في القراض والمساقاة ، وإن كان شرط داخل في المال غير خارج عنه : ففيه يرد إلى قراض المثل أو مساقاة المثل، وهو مذهب ابن القاسم على تقييد وتفصيل لأشياخنا فيه نورده آخر المسألة

إن شاء الله .

ولا خفاء لما في هذين القولين من الـضعف والوهاء ، وإنما يتردد النظر بين القولين الأولين ؛ إذ هما الجاريان على جادة القياس والطريق المقاس.

وينبـني **الخلاف** : على الخلاف في نفي الحكـم عن الأسماء الحكمية ، هل تنتفي الأسماء بانتفاء أحكامها أم لا ؟

والأسماء ها هنا تسمية هذا قراض ، وتسمية هذه مساقاة والأحكام التي تصورها هذه الأسامي وتتوارد عليه الصحة .

فإذا انتفت هل ينتفي الاسم والبطلان ؟

والمقصـود هذا الموضع أحكـام الصحة ، فإذا انتـفت هل ينتـفي الاسم حتى لا يسمى قراضًا ،ولا مساقاة أم لا ؟ فهذا معنى الحكم .

والقول بإجارة المثل مبني على نفي الاسم بنفي الحكم ؛ لأنه من جملة أوصافه ينـتقل بانتقـالها ، فإذا وجدنا الاسـم والحكم منتف عـنه : وجب بذلك نفي الاسـم ، فإذا قلنا بخروجه عن اسمـه لمحض أن تكون إجارة ، وصار إجارة معنى ، وإن كان قراضًا لفظًا .

والقول بالـقراض المثل أو بالمساقاة المـثل مبني على أن الاسم لا يـنتفي بنفي الحـكم ؛ لأنه ليس بمعنى ذاتـي ، وإنما هو معنى منفـصل عن الاسم بدليـل أنه يتعلـق بالاسم بعد ثبـوته ؛ لأنه يسمـى قراضًا قبل أن يـتصف بالصحة أو بالبطلان .

فإذا ثـبت أن الاسم لا ينـتفي بـانتفـاء الحكم : فإنـه يرد فاسـده إلى صحيحه لا إلى إجـارة لبعدها منه وقربه إلى قراض صحـيح لبقاء الاسم ؛ فالأوضح [ق/ ١٠٠/ ٢أ] الأقيسة على رد النظير إلى النظير ، وإلحاق الشبيه بشبـيهه ؛ إذ الشيء يـنحو إلى شكـله ، ويتنـحى عن ضده ، وهذا الـبناء

يروق، ولكن لا يستنشق أريجه إلا الغواصون فى بحار المعانى، وعن هذين القولين يجب البحث لا ما ورائهما من الخلاف في تعليل الفرق روايتان :

إحداهما : أن قراض المثل أو مساقاة المثل متعلق بالربح إن كان ويفوت فسخه بالعمل وأجرة المثل متعلقة بذمة رب المال ، وإن لم يوجد الربح ، ويفسخ أبدًا ، وهذا هو المشهور عن أصحابنا.

والثانية : الفرق بين القراض والمساقاة ؛ فالقراض يفسخ أبدًا ، ورد إلى قراض المثل ، وإجارة المثل ؛ لأنه لا غاية له محصورة ولا نهاية معلومة.

فإن كان مما يرد فيه إلى إجارة المثل : كانت الإجارة متعلقة بربح المال ، وإذا لم يكن في المال ربح لم تكن له إجارة ،ويرد ما بيده مع السلع إلى رب المال ، وتكون له أجرة المثل في شرائها والفسخ فيما يرد إلى قراض مثله ، فلا ترد العروض إلى صاحب المال ، وإنما معناه أنه لا يتمادى على العمل إذا نض المال بيده على ذلك القراض الفاسد .

وأما المساقاة : فالحكم فيها على ما قيل في الرواية الأولى ، وهذا قول ابن حبيب في «الواضحة» .

وأما قولنا : يرد ما بيده من السلع ، إلى قوله : على ذلك القراض الفاسد : فليس هو من كلام ابن حبيب ، وإنما هو تفسير القاضي أبي الوليد بن رشد ، وقد حكى أبو محمد عبد الوهاب عن القاضي أبي الحسن ابن القصار أنه قال : يحتمل قول مالك عندي أن يكون له ما يساوي قراض مثله ، وإن كان في المال وضيعة أيضًا ، وقال القاضي أبو محمد : فالفرق على هذين قراض المثل وإجارة المثل : أن إجارة المثل متعلقة بالإطلاق ، وقراض المثل متعلق بالشرط الذي شرطاه ، وتفسير ذلك أن يقال في الإجارة : إن استأجرت المال من عمل له هذا العمل كم تكون إجارته ، فيكون ذلك للعامل ، ويقال في القراض إذا كان العامل قد رضى بجز كذا

وكذا على هذا الشرط الفاسد ، فكم كـان ينبغي أن يكون له ؟ فما قل من شيء فهو قراض المثل على تأويل القاضي أبي الحسن راجع إلى إجارة المثل، وإنما يختلف ذلك على تأويله في صفة التقويم ، وهو بعيد جدًا .

فإذا قلنا بأنهـا متعلقة بذمة رب المال ، فهل يكـون أحق بربح المال من الغرماء أم لا ؟ ففي ذلك قولان :

أحدهما : أنه يكون أحق به من الغرماء .

والثـانـي : أنه لا يكـون أحق به منهـم ، وهو قوله في « كـتاب ابن المواز»، وهو ظاهر « المدونة » .

وقد تأول ما في « الكتاب » على أنه قد دفع المال لربحه ، وأخرجه من يده ، ولذلك جعله أسوة الغرماء .

والقولان قائمان من « المدونة » .

وسبب الخلاف : اختلافهم في الرهن ، هل يكون رهنًا بغير لفظه أم لا على ما وقع في كتاب الرهون من أن البقعة على الراهن ، ومن أشياخنا من قيد المذهـب الذي أشرنا إلى ضعفه مـن حيث القياس ، فقـال مذهب ابن القاسـم أنه أجبر فى فاسـد المساقاة أجمـع : لا فى أربع مسائل ، مـنها : مسألة المساقاة والبيع ، ومساقاة المذهـبي من الثمار إذا ساقاه فيه سدس فهو أجبر في الـسنة الأولى دون ما بعدها ، ومـساقاة الحائطين في صفـقة على أجزاء مختلفـة ، أو حائط واحد في سدس على أجزاء مخـتلفة ، أو ساقاة حائطًا على أن يكفيه مؤونة حائط آخر فهو أجير في الحائط المكفي مؤونته ، وفي الآخر مساقاة المثل ، وكل هذا أصل واحد .

والرابع : أن يشترط العامل مؤنة رب المال .

قالوا : وأما في القـراض : فهو أجير إلا في سبع مسائـل على مذهبه في « المدونة » منها :

مسألة القـراض بالعروض ، ويكون له الأجرة في بـيع العروض ،ويرد الثمن إلى قراض المثل ، وهذا إذا قال : بعه ، واعمل بثمنه قراضًا .

وأما إن قال له خذه على أن يكون هو رأس المال ، أو قيمته يوم العقد، أو يوم التفاصل : فهو أجير .

والثانية : القراض المبهم إذا لم يسم له جزاءً معلومًا .

والثالثة : القراض بالضمان .

والرابعة : قراض إلى أجل .

والخامسة : إذا قال له : اعمل على أن لك شركاء في المال .

والسادسة : إذا اختلفا وأتيا جميعًا بما لا يشبه ، فحلفا على ذلك .

والـسابـعـة : إذا نهاه أن يبيـع بالنقد ، فباع به أو نهاه أن يـشتري غير السلعة الفلانـية غير عامة الوجود ، فاشترى غيرهـا ، وعبر عن هذا النوع بالقراض المكروه ، وعن ما عداه بالقراض الفاسد ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الثالثة

في دواب الحائط المساقي وعبيده

ولا يخلو الحائط في حين المساقاة من وجهين :

إما أن يكون مشغولاً بدواب رب الحائط ، أو كان فارغًا منها.

فإن كان مشغولاً بدواب رب الحائط وعبيده : هل يجوز لرب الحائط إخراجهم إذا لم يشترط العامل بقاءهم في الحائط أو الحكم يوجب بقاءهم للعامل ؟

فإن لم يشترطهم : فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن الحكم يوجب بقاءهم للعامل ، وإن لم يشترطهم فإنه لا يجوز لرب الحائط إخراجهم عند عقد المساقاة إلا أن يكون قد أخرجهم قبل عقد المساقاة ، فإن اشترط إخراجهم عند العقد : كانت مساقاة فاسدة يرد فيها إلى إجارة المثل ، والثمر لرب الحائط ،وهذا نص قول ابن القاسم في «المدونة » وهو مشهور المذهب ؛ بناء على أن الحكم يوجب بقاءهم في الحائط دون الشرط .

والثاني : أنه يجوز لرب الحائط إلا أن يشترطهم العامل ، وهو قول ابن نافع ، ويحيى بن عمر في « كتاب ابن مزين » ، وهو ظاهر قوله في «المدونة » : إذا كان في الحائط دواب وغلمان يعملون ، ويشترطهم العامل: فلا بأس بذلك .

ولفظ الاشتراط موقوف في أكثر الأمهات ثابت في الأسدية : فإذا هلكت تلك الدواب والغلمان : فعلى رب الحائط خلفهم على القولين جميعًا .

فإن كان الحائط فارغًا من الدواب في حين التعاقد ، فاشترط العامل على رب الحائط أن يعينه بدابة أو غلام : فلا يخلو الحائط من أن يكون صغيرًا أو كبيرًا ؛ فإن كان صغيرًا مما تكفيه دابة واحدة : فلا يجوز للعامل اشتراطها على رب الحائط ؛ لأن ذلك زيادة ازدادها العامل .

فإن كان الحائط كبيرًا : فإنه يجوز للعامل أن يشترط على رب الحائط أن يعينه بدابة أو غلام ؛ لأن ذلك لم يزل من عمل الناس .

تم « كتاب المساقاة » بحمد الله وحسن عونه ، وصلى الله على محمد نبيه وعبده .

❑❑❑

كتاب الجوائح



كتاب الجوائح

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها ثلاث مسائل :

المسألة الأولى

في معرفة ما توضع في الجائحة مما لا توضع فيه

اعلم أن المبيع الموضوع فيه الجائحة على ثلاثة أضرب :

ثمار يجنس أولها على آخرها ؛ كالنخيل ،والعنب ، والزيتون ، والجوز ، والتفاح ،وما يجري مجراها : فهذه يراعى في جوائحها الثلث بثلث الثمرة ، ونصفها بنصفها إجماعًا ؛ لأن المذهب عند اتحاد الجنسية والنوعية .

والضرب الثاني : ما كان الغرض في أعيانها دون ما يخرج منها ؛ كالبقول ، والأصول المغيبة ، فهل فيها جائحة أم لا ؟

فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : أنه توضع فيه الجائحة في القليل والكثير من غير اعتبار الثلث، وهو قول ابن القاسم في الكتاب .

والثاني : أنه لا توضع فيه الجائحة أصلاً ، وهذا القول مروي عن مالك أيضًا .

والثالث : أنها توضع في الثلث فصاعدًا ، ولا توضع فيما دون الثلث كالثمار ، وهي رواية علي بن زياد ،وابن أشرس عن مالك في« الكتاب ».

والرابع : التفصيل بين ما تجوز فيه المساقاة مع العجز كالفجل والاسفنارية واللفت : فلا توضع فيه الجائحة إلى أن يبلغ الثلث ، وبين ما

لا تجوز فيه المساقاة من البقول ، فإن الجائحة توضع في قليله وكثيره ، وهي رواية سحنون عن ابن القاسم في « العتبية » ومثله في « كتاب ابن المواز ».

وسبب الخلاف بين القولين المتقابلين : في وضع جائحة البقول هل يلحق بالأصول الذي هو الثمار أو لا يلحق بها ؟

وأما اختلافهم في اعتبار الثلث بعد اتفاقهم على وضعها : التعلق بالعموم في أمره ﷺ بوضع الجوائح ، هل يسوغ في كل ما توضع فيه الجائحة في القليل والكثير إلا ما خصصه العرف من الثمار التي جرت العادة بأن يتساقط بعضها ويتعض ، وأن عواف الطير تأكل منه في أغلب الأحوال فكأن المشتري دخل على ذلك ، فلذلك لا توضع فيه الجائحة حتى يبلغ الثلث ،وبقى ما عداها [ق/ ١٠١/ ٢أ] على الأصل مما لم تجر العادة بتساقط بعضها مثل البقول وغيرها ، ثم لا يقاس عليها ؛ لأنها من أصول المستثناة، ويجوز قياس البقول على الثمار ، فيعتبر الثلث في الجميع .

والضرب الثالث : متردد بين البقول والأصول ، له شبه في البقول بأن أصله مبيع مع ثمره ، وله شبه بالأصول بأن المقصود منه ثمرته كالمقاني والمباطخ والقرع والباذنجان وما أشبه ذلك ، فهذه من مسائل الاشتراك المستحيل خلوصها من الرقاع المتعذر سلامتها من النزاع ؛ فمن حيث النظر إلى أشبهيته بالبقول تعينت الحطيطة ـ قلَّ المجاح أو كثر ـ على أصل من رأى ذلك فيها ، وعليه اليسير من الأصحاب ، وهو مذهب أشهب في «الموازية» ومن حيث النظر إلى شبهيته للأصول تعلقت الحطيطة بالحمل الفاصل المضبوط ،وعليه الجمهور من الأصحاب ، فإذا قلنا بهذا افتقر إلى تقويم ، ومعنى ذلك أن ننظر إلى المجاح ، فإن كان ثلثًا فصاعدًا من الباقي منه على ما عرف وعده منه في القلة والكثرة حط من الثمن قدر قيمته في زمانه من قيمة باقية على رخصه أو غلائه .

فإن كان أقل من ثلثه كيلاً أو وزنًا لا في القيمة : فلا حطيطة ، وهل المراعى ثلث القيمة ، أو ثلث المثمون ؟ فالمذهب على قولين منصوصين في « الكتاب » :

أحدهما : أن المراعى في ذلك المثمون ؛ فإن بلغته الجائحة تعين الموضع، وإن لم تبلغه : فلا حطيطة ، وإن نافت على ثلث القيمة ، وهو قول ابن القاسم ؛ لأن المثمون محل الجائحة لا القيمة ، فكان اعتبار الحد في المحل أولى .

والثاني : أن المراعى في ذلك ثلث القيمة ، فإن بلغته الجائحة تعين الوضع ، وإن لم يبلغ ثلث المثمون ، وإن لم تبلغه لم تتعين الحطيطة ،وإن أربت على ثلث المثمون ، وهو قول أشهب ؛ لأن الرجوع بحصة المجاح من حقوق المشتري ، فما كان أضر به فهو المعتبر .

واختلف في القيمة متى تعتبر؟ على قولين قائمين من « المدونة» :

أحدهما : أنه ينظر إلى قيمته يوم وقع البيع بقدر قيمة كل بطن في زمانه على ما عرف من عادته ،وليس يوم نزول الجائحة ، وهو قول سحنون فيما حكاه بعض شيوخنا ، وهو تأويل ابن أبي زمنين وغيره على «المدونة » من قوله أول المسألة : ويقوم ما بقى من الثمن مما لم يأت بعد في كثرة نباته ونفاقه مما يعرف ناحيته ، وهو قوله أيضًا في الباب الآخر نظرًا إلى قيمة هذا البطن المجاح في غلائه ورخصه ، ثم ينظر إلى ما يأتي من شأنها في المستقبل ، وقوله في تفسيرها ينظر إلى ما يأتي بعد ، فيقوم بطنًا بعد بطن على ما عرف من رغبة الناس فيه ، وإلى هذا ذهب ابن زرب وغيره من الشيوخ ، وهذا الذي يأتي على أصل ابن القاسم فيمن اشترى سلعًا كثيرة ، فاستحق بعضها أنها تقوم بما تساوي يوم الصفقة .

والثاني : أنه ينظر في ذلك يوم النازلة بالمجاح ويستأنفا بما بقى من

البطون حتى يأتي جميعها ،وتقوم على حقيقة ، ويقين لا على ظن وتخمين، وهو اختيار الشيخ أبي محمد عبد الحق وغيره من المتأخرين ، ويحتج هؤلاء بما وقع في « الكتاب » ،وربما كانت الفقوسة في أول الزمان تباع بنصف درهم ، وفي آخر الزمان تباع بفلس أو بفلسين وبقوله في تقويم البطون في الباب في الآخر ، وانقطعت الثمرة ، ولم يكن فيها إلا ثلاثة بطون ، وقد عرف ناحية البطن الآخر ، والقولان ثابتان ظاهران قائمان من « المدونة » ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الثانية
في حكم جائحة الحائط المتحد

أما المتعدد : فهو على وجهين :

أحدهما : أن تتعدد نوعًا .

والثاني : أن تتعدد جنسًا .

أما المتعدد نوعًا لا جنسًا كحائط الثمر فيها برنى وعجوة وغيره إلا أنه تمر كله ، فاتفق الأصحاب على أن الاعتبار بثلث جميع البيع ، وإنما وقع اختلافهم في الثلث المعتبر، هل هو ثلث المكيلة أو ثلث القيمة على قولين:

أحدهما : ثلث المكيلة ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : ثلث القيمة ، وهو قول أشهب على ما قدمناه .

فعلى القول باعتبار ثلث المكيلة ، هل يوضع ثلث الثمن بثلث الثمرة دون تقويم ، وهو قول ابن القاسم في « الواضحة » وغيرها .

والثاني : أنه لابد من التقويم في ذلك لتفاوت قيمة الأنواع ، وقد يكن النوع المجاح هو ثلث الحائط في المكيلة ، وإذا قوم تكون قيمته أقل من ثلث قيمة جميع الحائط ؛ لدناءة ذلك النوع كالجعرور والبرني ، وهو قول مطرف، وابن الماجشون، وابن عبد الحكم ، وأصبغ فيما حكاه ابن حبيب .

وأما المتعدد جنسًا كعنب وزيتون ورمان ونخل إذا أجيح جنس منها وسلم ما عداه ،فهل يعتبر المجاح بنفسه أم بغيره : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه معتبر بنفسه لا غيره ، فإن اجتيح ثلثه وضع عنه ثلث حصته من الثمن بالقيمة وإلا فلا ؛ لأنه مستقل بنفسه قائم برأسه لا يضم

إلى غيره ، وهو قول مالك في « كتاب ابن حبيب » أيضًا .

والثاني : أنه معتبر بغيره ، ويعتبر في المجاح أن يكون ثلث جميع الحائط كالمتحد جنسًا لاتحاد الصفة ، وهذا القول مروي عن ابن القاسم .

وعلى القول باعتبار الصنف المجاح أن يكون ثلث جميع الحائط فما كيفية ذلك ؟ فلا يخلو الجنس المجاح بين المتعدد أن يستوعب أو يبقى منه ، فإن استوعب واستوصل نظر إلى القيمة لو لم يجح ، فإن كان ثلث قيمة الجملة وضع عنه ذلك من الثمن بالقيمة ، فإن كانت قيمته لو لم يجح لا تبلغ ثلث قيمة الجعلة : فلا جائحة فيه أصلاً .

فإن أصابت الجائحة بعضه وسلم البعض ، هل يعتبر الصنف المجاح من غير جملة ، ولا تفصيل أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يعتبر به جملة وتفصيلاً ، وينظر إلى ثلث القيمة ، فإن أصيب من الجنس الواحد ما يبلغ ثلث قيمة الجملة حط من الثمن مقداره بالقيمة ، فإن كان أقل من ثلث الجنس المجاح ، وإن لم يبلغ المجاح ثلث قيمة الجملة : فلا جائحة ، وإن أربت الجائحة على ثلث : بطل هذا بتعيين الذي قبله ، وهو اعتبار ثلث الجملة ، أما الجمع بينهما فغير معقول وخلاف للأصول ،وبه قال أصبغ .

والثاني : أنه يعتبر بغيره في الجملة دون التفصيل ، فينظر إلى ثلث قيمة الجملة فلا جائحة فيه ـ اجتيح كله أو بعضه ـ فهذا قد اعتبره بغيره في الجملة في هذا الوجه ، فإن بلغ ثلث قيمة الجملة : نظر إلى الجنس المجاح منه ، فإن اجتيح قدر ثلث ثمرته : وضع قدر ثلث قيمة المجاح من الثمن.

فإن اجتيح أقل من ثلث ثمرته : لم يوضع عنه شيء ، وبه قال ابن القاسم على ما رواه أصبغ في « كتاب محمد » وقاله غيره ، وهذا قد

ناقضه فيه ما أخلفه في الجملة إذا كانت قيمة الجنس المجاح ، واعتبر التفصيل آخرًا ، واعتبر الجملة ، وهذا عين التناقض ؛ لأنه لو اعتبره بغيره جملة وتفصيلاً لقل كما قال الأقل حيث اعتبر المجاح أن تكون قيمة ثلث الجملة ، فإن كانت كذلك وضعت الجائحة ، وإن تقاصرت عنه : لم توضع ، وإن زادت على ثلث جنس المجاح .

ومعنى قوله في اعتبار ثلث القيمة على الجملة اعتبار ثلث الثمرة على التفصيل أن الجنس المجاح قد يكون أفخر أجناس ثمار الحائط ، فتكون قيمة المجاح منه تعدل ثلث قيمة جملة الأجناس .

وإن كانت مكيلة أقل من الثلث ، وليس من شرط مساواة القيمة التساوي في المكيلة .

والذي أوجب ما أشرنا إليه من التناقض كون الفرع أخذ شائبة من الأصلين ؛ فمن حيث النظر إلى شائبة اتحاد العقد الوارد على الأصل : تعين اعتبار الجملة ، ومن حيث النظر إلى شائبة الاستقلال من الجنسية : تعين اعتبار التفصيل ومن حق الفرع إذا تداعاه أصلان وتجاذبه طرفان أن يوفر عليه مقتضى الشائبتين لميلها إليهما ميلاً متحدًا ، فإلحاقه بأحدهما على وجه التمحص نوع من التحكم ، وضرب من الدعوى والعمل بقدر الدليل واجب على ما لا خفاء به على من طالع علم الأصول فتنبه بعد هذا التفصيل أيها المسترشد بأن في فهمه غموضًا ، ولهذا بسطت الكلام فيه في زيادة الشرح والبيان ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الثالثة
في معرفة ما هو بجائحة مما ليس بجائحة

فتحصيله أن الجوائح تنقسم على قسمين :

أحدهما : ما لم يكن أمرًا غالبًا ، وأمكن دفعه ، والاحتراس منه .

والثاني : ما كان أمرًا غالبًا ، ولم يمكن دفعه والاحتراس منه .

فأما ما لم يكن أمرًا بالغًا ، وأمكن دفعه والاحتراس منه ، فليس بجائحة أصلاً .

وأما ما كان أمرًا غالبًا ، ولم يمكن دفعه ، ولا قدر على الاحتراس منه، فإن ذلك ينقسم [ق/ ١٠٢/ ٢أ] إلى قسمين :

أحدهما : أن يكون ذلك من فعل الله تعالى ، لا اكتساب فيه لمخلوق مكلف : فلا خلاف أنه جائحة يجب القضاء بها ، كالريح ، والمطر ، والبرد ، وما أشبه ذلك من الجليد ، والجراد ، والطير الغلب ، وأما انقطاع الماء : فإنه جائحة في القليل والكثير بإجماع .

وأما ما كان من اكتساب المخلوقين المكلفين ، ولا يمكن الاحتراس منه ؛ كالجيش ،والسارق : فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه جائحة في الجيش ، والسارق ، وهو قول ابن القاسم في الكتاب ؛ لأن ذلك عنده مما لا يقدر على دفعه .

والثاني : أن ذلك ليس جائحة ؛ لأن السلطان يكف الجيش ويرده ، والسارق يتحصن منه ، وهو قول مطرف وابن الماجشون .

والثالث : التفصيل بين الجيش والسارق ؛ فيكون الجيش جائحة ،

والسارق بجائحة ، وهو قول ابن نافع في « الكتاب » ؛ وكأنه يرى الجيش مما لا يمكن دفعه ، وأن السارق يقدر على التحفظ والتحصن منه .

وفي المسألة قول رابع : في العكس بين أن يكون فائدة لمن يوزع الجيش ويضبطه ، فلا يكون جائحة ، أو يكون ممن يغلبه أشرار جنده ، ولا يخافون من استطارة شرار ناره إذا أورى زناده ، أو يكون في نفسه مجبولاً على الفساد وسعى في خراب البلاد : فإنه يكون جائحة ، وكذلك السارق .

وهذا التفصيل رأيته لبعض المتأخرين ، وذهب بعضهم إلى أن ما في «الكتاب » يرجع إلى اختلاف أحوال ، وأن ابن القاسم إنما تكلم عن الجيش الذي لا ينضبط ، والسارق المجهول ، وعبد الملك تكلم على ما هو مضبوط ، والسارق المعروف ، والأمر محتمل لما قالوه ، وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه .

❑❑❑



كتاب كراء الرواحل والدواب



كتاب كراء الرواحل والدواب

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها ست مسائل :

المسألة الأولى

في حكم كراء المعين والمضمون

اعلم أن الكراء على وجهين : مضمون ومعين .

فالمضمون : أن يقول أكرني دابة ، أو راحلة ،وسواء كان ذلك ببيان ، أو بغير بيان ، فإن الكراء جائز بشرط تعجيل أحد الطرفين ؛ إما الأجرة ، وإما الاستيفاء خيفة الدَّين بالدَّين متى لم يحصل أحد الطرفين كالسلم الثابت في الذمة ، إلا أن مالكًا قد سامح في الحج إذا وقع في الكراء قبل إبانة أن يتأخر الشروع إلى وقت الأرش ، وإن لم يقبض المكرى جميع الكراء ، ولكن يقدم له المكتري جميع الأجرة دينارًا أو دينارين ؛ لأن الأكرياء قد قطعوا أموال الناس .

ولم يختلف قوله في الحج ، وإنما اختلف في غير الحج ؛ فقال مرة : لا يجوز أن يتأخر شيء من الأجرة ، وهو التباس كالسلم ، وجوزه تارة كالحج للضرورة العامة لأبناء الدنيا الكافة العامة الورى .

ولا ينفسخ الكراء بموت الدابة في المضمون ،إلا أن المكري إذا قدم الدابة للمكتري يركبها ، فليس له أن يزيلها من تحته إلا برضاه .

وإن فلس المكري : كان المكتري أحق بها من الغرماء إلى منتهى غايته إلا كان قبضها .

فإن كان ببدل لدواب من تحته ، فهو أحق بما كان تحته يوم التفليس .

وإن كان قد نزل عنها ، وأخرجت إلى الرعي : فليس ذلك بمانع من

أن يكـون أحق به مـن الغرمـاء ، وهو قول ابـن القـاسم في « الـعتبـية » وغيرها، على ما سنوردها بيانًا فيما يلي في أثناء هذا الكتاب إن شاء الله .

فإن فلس المكري قبل أن يقبض المكتري الدابة كان أسوة الغرماء .

وأما المعين فإن شرع في الاستيفاء ،فهل يجوز نقد الكراء أم لا ؟

فإن تأخر الشروع إلى أجل قريـب جاز ، وإن نقد على خلاف في حد القرب ؛ لأن مالكًا يرى العشرة الأيام في حيز القليل وأباه ابن القاسم .

وأما إلى أبـعد من ذلك : فلا يـجوز النقد فـيه بوجه ؛ لأن النـقد مع الفوات سلفًا ، ومع الحياة بيعًا .

واختلف في العقد العري عن النقد على قولين منصوصين في المذهب :

أحدهما : الجواز ، وهو قول ابن القاسم .

والثـاني : المنع ، وهو قول الغير ، ووجهه : أنه لا فائدة في العقد إذا تراخى عنـه المقصود الذي هو الشروع فـي الاستيفاء ، إلا محض التـخيير قياسًا على البيع .

ووجه القول بالجواز : أن اليسير معفو عنه في العقود ، وتقدم العقد لا يمنع منه مخافة فوات المقصود ، وإنما يقدح ذلك في النقد .

والفرق بين الكراء ،والشراء من وجهين :

أحـدهـمـا : أن المنافع المعقـود عليها في الكراء غير متـعينة ، والأعيان المعقود عليها في الشراء متعينة .

ولعدم التـعيين في إباحة الـتأخير في المبيـع ، ولوجود التعيـين تأثير ، ومنع التأخير فـي الشرع ، والصافي ينافي المقتضى والوصـفين ، فمقتضى مطلق إطلاق العقـد في الشراء تخير العوض ؛ فتأخيره يـؤثر في مقتضاه ، وفي الكراء تأخير العـوض ، فتأخيره لا يتأثر به المقتضي ، فتـنافى المقتضي

والوصفين ، اختلف جواز الصورتين .

وأما فسخ الإجارة بفوات المعين فعلى ضربين : عين مستأجر عليها ، وعين مستأجر لها .

فأما العين المستأجر عليها : فإن الإجارة تنفسخ بفواتها ، إجماعًا من أهل المذهب من غير خلاف ـ أعمله في هذا الوقت ـ كالدابة المعينة ، والراعي ، والطير ، وسائر الأعيان المعقود عليها .

ووجه هذا : أن العقد إنما ارتبط بعين مقصود تأثر بفواته ؛ إذ الخلف لا يكاد يوازي التالف ؛ وعليه يجوز الخلف إذا تراضيا ، ويكون ذلك كراء مبتدأ .

فإن نقده : فلا يخلو موت الدابة من أن يكون في مستعتب أو في مسبعة .

فإن كان في مسبعة ومضيعة : فإن ذلك جائز للضرورة ، وقال ابن حبيب : جائز للضرورة ، وقال ابن حبيب : كما يجوز للمضطر أكل الميتة .

فإن كان في مستعتب ، فهل يجوز ذلك أم لا ؟ على قولين قائمين من « الكتاب » :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ، وهو قول ابن القاسم ؛ لأن ذلك فسخ دين في دين .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهو قول أشهب ؛ لأنه إنما تحول إلى الانتفاع بشيء معين ، فجعل قبضه إياه لاستيفاء المنافع منه قبضًا بجميع المنافع .

وأما المعين المستأجر لها إذا كان معينًا ، هل تنفسخ الإجارة بتلفه أم لا؟ على أربعة أقوال :

أحدها : أن الإجارة لا تنتقض ؛ لأن تعيين المعين المستأجر على حملها إنما هو صفة لما يحمل ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » و« العتبية » ، وبه قال ابن المواز ، وهو مشهور المذهب .

والثاني : [أن] [١] الإجارة تنتقض بتلفه ، وهو قول أصبغ ، وروايته عن ابن القاسم ، ويكون له من كرائه ما سار من الطريق .

والثالث : التفصيل بين أن يكون تلفه من قبل ما عليه استحمل ، أو من أمر سماوي .

فإن كان تلفه من قبل ما عليه استحمل : انفسخ الكراء فيما بقى ، وكان له من كرائه بقدر ما مضى من الطريق .

وإن كان تلفه بأمر سماوي : أتاه المكتري ، ولم ينتقض الكراء بينهما ، وهو قول مالك في « العتبية » .

والرابع : أنه إن كان تلفه من قبل ما عليه استحمل : انفسخ الكراء ، ولم يكن فيما مضى كراء .

وإن كان تلفه بأمر سماوي : أتاه المكترى بمثله ، ولم ينفسخ الكراء ، وهو مذهب ابن القاسم في « المدونة » وروايته عن مالك .

وسبب الخلاف : اختلافهم في تعيين الحمل المستأجر على حملها ، هل يتعين بالتعيين ، أو تعيينه يعد كالصفة ؟ وهو اختيار القاضي أبي محمد عبد الوهاب ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

(١) سقط من أ .

المسألة الثانية
في التعدي في الكراء

ولا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يتعدى بالزيادة على الزمان .

والثاني : أن يتعدى بالزيادة على المكان .

والثالث : أن يتعدى بالزيادة على الحملان قدرًا ، أو ضررًا .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا تعدى بالزيادة على الزمان ؛ مثل أن يكتري دابة شهرًا ، ثم حبسها بعد انقضاء الشهر : فلا يخلو صاحبها من أن يكون حاضرًا معه ، أو غائبًا عنه .

فإن كان حاضرًا معه : فلا ضمان على المكتري المتعدي ـ سلمت أو هلكت ، زادت أو نقصت ، حبسها بعد المدة يسيرًا أو كثيرًا ـ وإنما عليه الكراء خاصة .

والعلة الموجبة لإسقاط الضمان عنه حضور صاحبها معه ؛ فكأن تركه إياها في يد المكتري مع القدرة على أخذها رضًا بأمانته .

فإن كان عنه غائبًا ونائيًا غير ثاوٍ : فلا يخلو من أن يحبسها بعد مدة الكراء يسيرًا ، أو كثيرًا .

فإن كان يسيرًا ؛ كاليوم ونحوه ، والدابة قائمة لم تتغير تغيرًا يوجب الضمان : لم يضمنه المكتري ، وإنما يضمن الكراء مع النقصان إذا كان يسيرًا .

فإن فاتت فواتًا حسيًا أو معنويًا : فصاحبها مخير بين التضمين ، أو

أخذ كراء المدة التي حبسها فيها مع الكراء الأول .

فإن حبسها عن زمن الكراء مدة كثيرة مما تتغير فيها الدابة كالشهر ، أو مدة لا تتغير فيه : فالمكري بالخيار بين أن يضمن ، أو يأخذ الكراء .

فإن اختار أخذ القيمة : فقيمتها يوم التعدي .

فإن اختار الكراء : فقد اختلف فيه في « الكتاب » على قولين [ق/ ١٠٣/ ٢أ]:

أحدهما : أنه له كراءها عليها معطلة ، وهو قول ابن القاسم ، وكيفية معرفته أن يقال : ما كراءها معطلة شهرًا ، محبوسة عن منافع ربها ، فما قيل في ذلك حكم له به ، وقيل غير هذا ، وهو أصح .

والقول الثاني : التفصيل بين أن يكون رب الدابة ثاويًا معه ، أو نائيًا عنه.

فإن ثوى معه : فله بحساب الكراء الأول ، فإن نأى عنه : فله الأكثر من المسمى ، أو كراء المثل ،وهو قول غيره في « الكتاب » .

والجواب عن الوجه الثاني : وهو التعدي بالزيادة على المكان ؛ مثل أن يكتريها إلى مسافة معلومة فزاد عليها ، ولا تخلو تلك الزيادة أن تكون مما يعطب في مثله أم لا .

فإن كان مما لا يعطب في مثله ؛ كزيادة الميل ونحوه ، فسلمت: فليس لربها إلا الكراء .

فإن عطبت :فلا يخلو من أن تعطب في مسافة التعدي ، أو بعد أن رجعت إلى مسافة الإذن .

فإن عطبت في مسافة التعدي ، هل يضمن أم لا ؟

قولان قائمان من « المدونة » :

أحـدهـما : وجوب الضمان عليه ، وهو قـول ابن القاسم في « كتاب الرواحل والدواب » .

والثـاني : أنه لا ضمان عليه ، وهو قـول ابن القاسم ، وابن وهب في «كتاب الجعل والإجارة » في مسألة استخدام العبد واليتيم .

فإن عطبت بعد أن رجعت إلى المسـافة المأذون فيها ، فهل يضـمن أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : وجوب الضمان عليه ، وهو ظاهر قوله في « كتاب الرواحل والدواب » ؛ حيث قال : إذا زاد عـلى المسافة فعطبت : ضـمن ، فظاهره ألاَّ فرق بين أن تعطب في مسافة التـعدي ، أو بعد أن رجع بها إلى المسافة المأذون فيها ، وهو قوله في « كتاب العارية » أيضًا ، ورواه ابن القاسم عن مالك أيضًا .

والثـاني : أنه لا ضمان عليه ، وإنما عليه كراء الزيادة مع كراء الأول ، وهو ظاهر قول ابـن القاسم في « كتاب الرواحل والـدواب » أيضًا ؛ حيث قال : ولو ردها بعد زيادة ميل أو أميال ، أو بعد أن حبسها اليوم ونحوه : لم يضمن إلا الكراء ـ يريد : وإن هلكت .

ويحتمل أن يريد بذلك ردها إلى المسافة المأذون فيها .

والتأويل ظاهر ـ لقوله : أو بعد أن حبسها اليوم ونحوه ، إلا أنه يستقرأ من « كتـاب العارية » مـا هو أظهر من هـذا : إذا زاد على الحمـولة ما لا يعطب في مثله فالمكري بالخيار بين أن يـضمنه قيمته يوم التعدي ، أو يأخذ كراء الزيادة .

وله في الوجهين كراء الأول ـ سلمت أو هلكت .

والجواب عن الوجه الثالث : وهو الزيادة على الحملان قدرًا أو ضررًا ؛ مثل أن يكري لحملان الأردب ، فحمل أكثر منه ، أو أكثر الحمل المتاع ، فحمل عليها وزنه حديدًا أو رصاصًا ، أو ما ضرره أكثر من ضرر ما أكراها له ، فإن كانت تلك الزيادة يسيرة لا تعطب في مثلها ، أو يكون ما بين الضررين تفاوت يسير مما الأغلب من الجميع السلامة ، فسلمت الدابة : فلا ضمان عليه ، قولاً واحدًا في المذهب ، وله كراء تلك الزيادة ؛ يقال : كم يكرى لهذه الزيادة على مثل هذه الدابة المثقلة ، فما قيل فيه ، فله أخذه .

فإن عطبت من ذلك ، فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا ضمان عليه ، وهو نص « المدونة » ، وهو المشهور في النقل .

والثاني : وجوب الضمان عليه ، وهو مذهب سحنون في غير «المدونة» وهذا القول قائم من « المدونة » من مسألة الزيادة على مسافات ما لا يعطب في مثله ، فعطبت الدابة ؛ إذ لا فرق بين السؤالين إلا شيئًا ذكره بعض المتأخرين أضربتُ عن ذكره لضعفه .

فإن كانت تلك الزيادة مما يعطب في مثلها :

فللمكري أن يضمنه ـ سلمت أو هلكت ـ إلا في زيادة الحاج إذا زاد زيادة معروفة غير خارجة عن المألوف ، فإنها تشد عن هذا التحصيل .

ويلتحق بهذا التقسيم وجه آخر ؛ وهو أن يكتري إلى مسافة ، فصرفها إلى مثلها في السهولة والوعورة ، والخصب والجدب ، أو يكتريها لركوبه ، فركب عليها من يساويه في الثقل والخفة والسوق والأمانة : فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب بعد الوقوع أنه لا يضمن .

وهل يجوز ذلك للمكتري ابتداءً ؟

فالمذهب على أربعة أقوال :

أحدها : الجواز جملة بلا تفصيل ، وهو قوله في « الكتاب » ؛ حيث قال : وأكثر قول مالك أن ذلك في الحياة .

والثاني : المنع جملة ، وهو قول الغير في صرفها إلى مسافة أخرى ، وقال : لأن ذلك فسخ دين في دين ، والمسافة والراكب سواء .

والثالث : التفصيل بين الإذن ، وعدمه ؛ فإن أذن له في ذلك رب الدابة : جاز ، وإلا لم يجز ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » في المسافة أيضًا .

والرابع : التفصيل بين الراكب والمسافة ؛ فيجوز في الراكب ، ولا يجوز في المسافة ، وإن أذن له رب الدابة .

وسبب الخلاف : اختلافهم في محل الاستيفاء ،هل يتعين بالتعيين ، أو لا يتعين ؛ فعلى القول بأنه يتعين بالتعيين : فلا يجوز ؛ لأن الأعيان تتعلق بها الأغراض بخصائص صفاتها ، وقد يختار المكري مسافة على مسافة أخرى لغرض له ، وإن اتفقت المسافتان في الغاية والوعورة والسهولة والجدوبة والخصوبة .

ويختار الشخص على شخص ،وإن اتفقا في جميع الصفات لغرض ما .

وعلى القول بأنه لا يتعين فيجوز ؛ إذ لا علة تبقى ، وما عداها من الأقوال فإنها جارية على الاستحسان ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الثالثة
في اختلاف المتكاريين

وهذه المسألة مشهورة في الطُّبُولِيَّات ، معدودة من جملة المشكلات ، وقد تعرض لشرحها أكثر الأشياخ ، وأطنبوا في شرحها بالبيان والإيضاح ، غير أن كلامهم على الجمليات ، ولم يتعرضوا للجزئيات ، ومن حق الفروعي الدرب بالمذهب والتشوف إلى الحقائق ، والوقوف عليها ، والتصدي لجزئيات دقائق الفقه .

ونحن الآن نلخص هذه المسألة تلخيصًا لم نسبق إليه ، ونحصل الإشكال الواقع في الكتاب ، وما احتوت عليه بواطن الأبواب ، فنقول ـ وبالله التوفيق :

لا يخلو اختلافهما من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يختلفا في الكراء .

والثاني : أن يختلفا في نوعه وجنسه .

والثالث : أن يختلفا في عدده وصفته .

فإن اختلفا في نوعه وجنسه ؛ مثل أن يقول أحدهما : وقع الكراء بدنانير ، وقال الآخر : بدراهم ، أو قال أحدهما : بطعام ، وقال الآخر : بل بدنانير : فالحكم في هذا الوجه التحالف والتفاسخ من غير اعتبار بالأشباه ، باتفاق المذهب قبل الركوب وبعد الركوب ،ويكون له فيما ركب كراء المثل .

فإن اختلفا في عدده وصفته ؛ مثل أن يقول أحدهما : وقع الكراء بعشرة ، وقال الآخر : بل بخمسة ، أو يدعي أحدهما أن الكراء بدنانير

هاشمية ، والآخر يقول : بدنانير عتق : فلا يخلو من أن يختلفا قبل الركوب ، أو بعد الركوب يكون عليه الرجوع ضرر .

فإن كان قبل الركوب ، أو بعد ركوب يسير لا ضرر عليه في الرجوع : فقد اختلف فيه المذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : التحالف والتفاسخ من غير اعتبار بالأشباه ، وهو نص «المدونة » .

والثاني : مراعاة الشبه فيه ؛ فيقبل قول من ادعى منهما ، وهو ظاهر قوله في « كتاب السلم الثاني » من « المدونة » حيث قال : القول قول مدعي الحال منهما .

وعلى القول بأن الأشباه لا تراعى ، فهل يعتبر النقد فيقبل قول من أجازه وجوزه ؟

فالمذهب على قولين قائمين من المدونة من « كتاب الرواحل والدواب»، و« كتاب تضمين الصناع » .

أحدهما : أنه لا يعتبر النقد ، ولابد من التحالف والتفاسخ مع وجوده، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه يعتبر ، وأن القول قول المكري إذا انتقد ، وهو قول غيره.

فإن اختلفا بعد ركوبه يكون عليه في الرجوع ضرر : فالقول قول المكتري إن أشبه ما قال ـ نقد أم لا ـ لأنه قد فوت بعض المنافع بالتمكين، على القول بأن فوات البعض كفوات الكل .

فإن لم يأت بما يشبه : فالقول قول المكري مع الشبه .

فإن ادعياه : فالقول قول المكتري .

فإن اختلفا : فلا يخلو موضع الاختلاف من أن يكتري : فالتحالف

والتفاسخ بينهما في الحال ، ومن نكل منهما : قُبل عليه قول الحالف .

وإن نكلا جميعًا هل يكون النكول كالتحالف أم لا ؟

على قولين ؛ وقد قدمناهما في « كتاب السلم الثاني » .

فإن كان في مسبعة ومضيعة ، هل يقع التحالف بينهما في الحال ، أو يكون له في المستوفي كراء المثل ، أو لابد أن يبلغه رأس كراء المسافة ، أو يجد مستغنيًا دونه ؟

قولان قائمان من « المدونة » :

أحدهما : أنه لابد من التحالف والتفاسخ في الحال دون امتداد ، وهو قول ابن القاسم في « كتاب الرواحل والدواب » .

والثاني : أنه لابد من المد إلى رأس المسافة ، أو يجد محطًا دونه ، وهو ظاهر قول الغير في «كتاب كراء الأرض» من «المدونة» في باب الدعوى في الكراء ،ويكون له في الجميع كراء المثل .

ولا فرق عند ابن القاسم بين المعين والمضمون وغيره في [ق/ ١٠٤/ ٢أ] المدونة فرق بين الراحلة المعينة والمضمونة .

وقد اختلف المتأخرون في تأويل قوله ؛ فمنهم من حمل قول الغير على مسألة التفليس ؛ لوقوع كلامه عقيب التفليس ، فيكون المكتري أولى بالمعين من الغرماء ، وهو في المضمون أسوة ، وهو ظاهر كلام حمديس ، وعليه تأوله القاضي ابن سهل الأندلسي من شيوخ المذهب ، وهو قول ابن المواز .

ومنهم من تأوله على مسألة المسافة ـ وهو الأصح ـ بيد أنهم اختلفوا في هذا الوجه من التأويل أيضًا في ماذا يقع التحالف على قولين :

أحدهما : أن التحالف والتفاسخ في بقية المسافة في الراحلة كالدور ؛ لأن الدور محل الاتفاق ؛ إذ لا ضرر عليها في الفسخ ، بخلاف الراحلة

المضمونة ، فإنها في الذمة ، وهو تأويل ابن أبي زمنين على « المدونة » .

والثاني : أن التفاسخ بعد التحالف في المضمون دون المعين ؛ لأن المضمون في الذمة غير مقبوض ، والتحالف يكون فيما لم يقبض ، وأما المعين فيبلغه إلى رأس المسافة .

والجواب عن السؤال الثاني : إذا اختلفا في المسافة ؛ مثل أن يقول المكري إلى برقة بمائة ، ويقول المكتري : إلى أفريقية بمائة .

فلا يخلو من أن يكون قبل الركوب ، أو بعد الركوب الكثير .

فإن كان قبل الركوب ، أو بعد الركوب اليسير : فالكلام فيه كالكلام في فصل اختلافهما في مقدار الكراء صرفيًا ، وقد بيناه .

وإن كان بعد الركوب الكثير ، وقد بلغا الغاية أم لا .

فلا يخلو من أن يكون قبل النقد أو بعده .

فإن كان قبل النقد ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يتفقا في الشبه ، أو ينفرد به المكتري .

والثاني : أن يتفقا على مخالفة الشبه .

والثالث : أن ينفرد به المكتري دون المكترى .

فإن اتفقا على مصادقة الشبه ، وانفرد به المكتري .

فإنهما يتحالفان ، ويفسخ الكراء بينهما في الغاية المختلف فيها ، ويقبل فيها قول المكري أنه لم يناوله العقد ، من غير اكتراث بالأشباه ، ويقبض الكراء على المسافتين ، فما ناب المسافة المتفق عليها كان للمكري ، ويستوفي المكتري بقيمتها قبل التناهي إلى نهايتها .

وما ناب المسافة المختلف فيها يسقط عن المكتري بفسخ الكراء فيها .

ومن نكل منهما كان القول قول الحالف ؛ لأن النكول كالإقرار على مشهور المذهب .

وإن اتفقا على مخالفة الشبه : فالتحالف والتفاسخ في المسافتين جميعًا باتفاق المذهب ، ويكون له في المستوفي كراء المثل إن بلغ الغاية المتفق عليها.

فإن اختلفا قبل بلوغها : فإنه يتخرج على التفصيل الذي قدمناه إذا كانت في متعتب أو في مسبعة ، فلا معنى لإعادته مرة أخرى .

والناكل منهما كالمقر كما تقدم ، والحالف مصدق لنكول صاحبه ، وإن أخطأ الشبه .

فإن انفرد المكري بالشبه دون المكتري : فالقول قوله مع يمينه ، فإن نكل: كان القول قول المكتري ، ويركب إلى حيث ادعى ، وإن أخطأ الشبه؛ لأن المكري قد مكنه بنكوله .

فإن كان اختلافهما بعد النقد : فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يتفقا في الشبه ، أو يتفرد به المكري .

والثاني : أن يتفقا على خطأ الشبه .

والثالث : أن يتفرد به المكتري .

فإن اتفقا في الشبه ، أو تفرد به المكري : كان القول قول المكتري مع يمينه ، ويكون له جميع ما انتقد إلى الغاية المتفق عليها ، فإن نكل : حلف المكتري وركب إلى الغاية التي ادعاها بما نقد .

فإن اتفقا على عدم الشبه : فإنهما يتحالفان ويتفاسخان في المسافة المختلف فيها [وللمكتري] [1] المسافة المتفق عليها بكراء المثل إن استوفاها ،

(١) في أ : وللمكري .

وله الركوب إلى غايتها : إن اختلفا قبل بلوغها على التفصيل الذي قدمناه، وكراء المثل في ذلك بالغ ما بلغ ، كان أكثر مما انتقد أو أقل ـ ومن له الدرك على صاحبه فليرجع عليه به .

فإن انفرد المكتري بالشبه : فإنهما يتحالفان ويقبض الكراء المنقود على المسافتين ؛ فما ناب المسافة المتفق عليها كان للمكري ، وما ناب المختلف فيها سقط عن المكتري .

والجواب عن الوجه الثالث : وهو اختلافهما في الأمرين ؛ المسافة والكراء ؛ مثل أن يقول المكري : اكتريت منك إلى المدينة بمائتين ، ويقول المكتري : إلى مكة بمائة :

فالتحالف والتفاسخ في المسافة المختلف فيها من غير اعتبار بالنقد ، ولا بالشبه ؛ لأن المكري مدعى عليه بيع ما لم يقر ببيعه ، كاختلافهما في مبتدأ الأمر قبل الركوب ، سواء إذا نكل المكري عن اليمين : كان القول قول المكتري من غير اعتبار بالنقد ، ولا بالقيمة ؛ لأن المكري قد مكنه بنكوله.

وأما المسافة المتفق عليها : فلا يخلو الأمر فيها من أن يكون ذلك قبل الركوب ، أو بعد الركوب .

فإن كان ذلك قبل الركوب : فالتحالف والتفاسخ اتفاقًا من غير مراعاة الشبه ، ولا النقد .

فإن كان بعد الركوب الكثير ، وقد بلغ الغاية المتفق عليها أم لا : فلا يخلو من أن يكون قبل النقد أو بعد النقد .

فإن كان قبل النقد ، فإن اتفقا في الشبه ، وانفرد به المكتري : فالقول قوله مع يمينه ، ويقبض ما أقرَّ به من الكراء على المسافتين ؛ فما ناب مسافة المدينة كان للمكري ، وما ناب مسافة مكة سقط عن المكتري ، ويكون له

الركوب إلى المدينة إن اختلفا قبل بلوغها .

فإن اتفقا في عدم الشبه : فإنهما يتحالفان ، ويكون للمكري كراء المثل في المسافـة المتفق عليها بـالغ ما بلغ ، فمن نـكل منهما : قبل عـليه قول صاحبه مع يمينه ، كما سبق .

فإن انفـرد المكري بالشـبه دون المكتري : كان الـقول قوله مع يمـينه ، ويكون له جميع ما ادعاه .

فإن كـان اختلافهـما بعد الـنقد : فإن اتـفقا في الـشبه ، أو انفـرد به المكري: كان القول قولـه فيما انتقد مع يمينه ـ كان مـا انتقد كل الذي ادعى أو بعضه ـ ويحلف له المكتري فيما لم ينقده .

فإن اتفقا على عـدم الشبه : فالتحالف والتفاسـخ ، ويكون المكري في المسافة المتفق عليها كراء المثل .

فإن انفرد المكتري بـالشبه : فالقول قوله مع يمينه ، وتـقبض المائة على المسافتين ؛ فـما ناب المسافة المتفـق عليها : كان المكري ، ومـا ناب المسافة المختلف فيها : رده المكري على المكتري .

فإن نكل عن اليمين : كان القول قول المكري ، ويأخذ ما ادعى ؛ لأن المكتري مكنه بنكوله ، والحمد لله حده .

❑❑❑

المسألة الرابعة
في الحمل التالف قبل بلوغ الغاية

ولا يخلو تلفه من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون بسبب حامله .

والثاني : أن يكون بسبب سماوي .

والثالث : أن يجهل السبب .

فأما الوجه الأول : فلا يخلو من أن يكون ذلك على معنى الغلبة والاضطرار ؛ كالعثار غير المعتاد ، وانقطاع الحبال المشدود بها المتاع ، ولم يفر منها ، وانفلات الدابة والسفينة بما عليها حتى تكسر أو تبدد ، هل الكراء بينهما قائم ، أو يفسخ ؟ قولان :

أحدهما : أن الكراء يفسخ بينهما ، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب»، ولا فرق عنده بين السفينة والدابة والحامل على رقبته .

والثاني : أن الكراء قائم بينهما ،وهو قول الغير في « الكتاب » فيما عدا السفينة .

وسبب الخلاف : اختلافهم في الحمل المستأجر على حمله ، هل يتعين أو لا يتعين ؛ فمن قال يتعين : قال بفسخ الكراء ، ومن رأى أنه لا يتعين قال : الكراء بينهما قائم ، ويكلف المكتري الإتيان بمثل الحمل الأول يحمل إلى الغاية التي وقع الكراء إليها .

وعلى القول بأن الإجارة تنفسخ ، هل للمكري من الكراء بحساب المستوفي من المسافة أم لا ؟

على قولين منصوصين في «الكتاب » :

أحدهما : أنه لا شيء له ، ولا عليه جملة ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

والثاني : أن له حساب المستوفي في السفينة دون غيرها ، وهو قول ابن نافع في « الكتاب » .

وسبب الخلاف : اختلافهم في ذلك ، هل ذلك إجارة ، أو جعالة ؛ فمن رأى أن طريقه طريق الجعالة قال : لأنه ولاه عليه ولا يطلب ، ولا يطالب بدليل العرف ؛ لأن الناس على البلاغ يدخلوا في مثل ذلك ، والمتعارف كالمتشارط لا جرم علق الاستحقاق بالفراغ به الذي هو تمام النفع، إلا أن يشترط التوزيع فيحكم به ؛ لأن ذلك من خاصية الإجارة .

ومن رأى أنها من طريق الإجارة قال : يوزعها على المسافة ؛ لأنه على الإجارة عقد فنحا نحوه ، على ما قدرنا في ملاحظة الفرق من حيث اللفظ في «كتاب الجعل والإجارة» قال: فإنه يكون له بحساب ما مضى من المسافة .

فإن كان ذلك على معنى الترفه والاختيار ؛ كالحمل على الدابة المتمرنة على الكبو والعثور ، أو الشد على الحبال المتمزقة هما للعدول ، فهناك يفترق العروض من الطعام في الكراء ، ويتفقان في الضمان ؛ ففي العروض يكون له كراء المستوفي من المسافة ويضمنها ، وينفسخ ما بينهما أيضًا .

واختلف في وقت الضمان على [ق/ ١٠٥/ ٢أ] قولين منصوصين في المدونة :

أحدهما : أنه ضامن في موضع التلف ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنه ضامن من وقت التعدي إن أراد المكتري ، وهو قول غيره

في « الكتاب » .

ووجه قول ابن القاسم : أن المكري لم يتحقق تعديه إلا وقت التلف لجواز السلامة ، وإنما يتحقق وصفه بالتعدي ؛ لأن وقع الأمر المحذور ، ويوجب ضمانه حينئذ لا قبله .

ووجه قول غيره : أن الكري غار ، ووبال الغرور على الغار ؛ لأن المعرض كالمصرح في بعض المحال ، وهذا الغار قد عرضه للتلف حين حمله على النعت المذكور ، فصار كالمتلف حينئذ ، وإن شاء ضمنه وقت التلف لكمال العدوان ساعتئذ قطعًا ؛ لأنه من يوم العقد والرفع صار متعديًا ، والعداء مصطحب عليه إلى أن يتحقق التلف ، فيكون مخيراً عليه ، بخلاف الغاصب ؛ لأن ضمانه تفويت يد ، وتفويت يد كتفويت عين ؛ فلم يتخير في الغاصب لكمال العدوان بوضع اليد المبطلة بإزاء اليد المحقة .

وقد ذهب بعض المتأخرين إلى التعليق والتأليف بين قول ابن القاسم والغير ؛ وهو أن قول ابن القاسم لم ينف التخيير الذي صار إليه الغير ، وإنما قال قيمته في موضع التلف ؛ لأنه ذكر في صدر المسألة أن قيمته بالعريش أضعاف قيمته بالفسطاط ،والإنسان عادة وعرفًا يختار الأكثر ، وعليه خرج جوابه .

وهذا تأويل ينتج منه تلفيق الأقوال .

ومسألة « الكتاب » صورها في الزيت والطعام إذا جهلت مكيلته ووزنه: فحكمه حكم العروض في القيمة ، وأما الطعام : فإن الحمال يضمن مثله في البلد الذي اشترط الوصول ، ويكون له جميع الكراء .

وإنما كان ذلك كذلك ؛ لأنَّا لو لم نقل به لأدى ذلك إلى خرم أحد الأصلين من المتماثلين ؛ إما ألا يضمن أصلاً ورأسًا مع تحقق العدوان ،

وذلك ما لا سبيل إليه ؛ لأنه إهدار في محل الإحرام والإكرام .

أو يضمن في موضع التلف ، وذلك أيضًا إبطال لما أصلناه ، وإهدام لما أسسناه مـن المصير إلى الفـسخ مهما كان الـفوات بسبب صدر مـن المكري الحامل ؛ لأن مثل ماله مثل كعينه في نـظر الشرع ومقتضى السمع ، ولهذا لا يفوت فـي العقود المردودة ، فـكان الحكم بغرم المـثل في موضع الـتلف داعية إلى الانعقاد في مظنة الانفساخ .

والجواب عن الوجـه الثاني : إذا كان التلف بسبب سماوي ، أو بسرقة أو يغصب : فهذا لا ينفسخ الكراء بينهما ، والكراء للجمال كاملاً ، ويأتي المكتري بالخلف إن شاء ؛ وإنما قلنا ذلك ؛ لأن نفي الفسخ بتلف الحمل هو الأصل ، كما أسلفناه ،وإنما خرج عنه الفسخ بالإتلاف لما تقدم بيانه .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا جهل سبب التلف ، فإنه يضمن الطعام في بلد الشرط ، ويكون له جميع الكراء ، وقد قدمنا ذلك .

وأما أصل الضمـان ، فقد تكلمنا عـليه فيما مضى مـن « الكتاب » ، ويصدق في العروض .

واختلف في الكراء هل ينفسخ بينهما أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا ينفسخ ، وعليه أن يأتي بالخلف ، وهو المشهور .

والثـاني : أنه ينفسخ ،وله كراء ما استـوفى من المسافة ؛ كالغار ، وبه قال ابن حبيب ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الخامسة
في هروب أحد المتكاريين

ولا يخلو الهارب من أن يكون مكريًا ، أو مكتريًا .

فإن كان مكتريًا : فالكراء قائم بينهما ، ويكري السلطان الإبل عليه ، ويستوفي للجمال أجرته من ذلك كأن لم يقبضها ، ويتبعه بالباقي إن كان هناك ، قال في « الكتاب » : فكذلك لو استأجره يحمل له متاعًا من عند وكيله في بلد من البلدان ، ثم لم يصادف الجمال الوكيل .

فإن الإبل تكرى للمكتري بعد التلوم إن لم يجد الجمال الوكيل ، أو وجده وقد تلف المتاع الذي عنده : فلا يخلو من أن يكون الكراء موجود ، أو غير موجود .

فإن كان الكراء غير موجود في البلد الذي فيه الوكيل : فللجمال الرجوع دون أن يرفع أمره إلى السلطان ، إلا أنه يلزمه أن يطلب وينشده في إنشاء الطريق ، فإن وجده كان ذلك ما يجب للمكتري ورزقه ، وإلا فلا شيء عليه ، ويكون له جميع الكراء ، ولا يكلف الرجوع ثانية .

فإن كان الكراء موجودًا : فلا يخلو من أن يرجع فارغًا ، أو أكرى إبله.

فإن رجع فارغًا : فهل ينفسخ الكراء بينهما ، أو يكلف الرجوع ثانية؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الكراء ينفسخ بينهما ، ولا شيء للجمال ، ولا عليه ؛ لأن تكليف الرجوع عليه ضرب وظلم به .

وهذا القول مروي عن مالك ، وهو ظاهر رواية ابن وهب عنه في

« الكتــاب » ؛ لأنه قال : إذا انصرف ولم يـدخل على الإمام ، ولــم يكن والكراء موجود : فلا شيء له ،ولم يقل : يكلف الرجوع ثانية .

والثـاني : أن الكراء قائم بينهما ، وأنه يـكلف الرجوع ثانية ؛ لأنه باع منافعًا فيجب عليه الوفاء بتحصيلها ،وهو قول ابن القاسم في « الكتاب ».

وقد قال بعض حذاق المتأخرين: إنه إذا لم يجد الكراء في البلد ، وكان السلطــان ، ولم يرفع أمره إليه ، ولا دخل عـليه أن الكراء بينهــما قائم ، فيكون الدخول عليه كحكمه بفسخ الكراء على الغائب ،وهو ظاهر قول ابن القاسم فــي «الكتاب » ، فكيــف إذا كان الكراء موجودًا ، خــلاف ما نص عليه ابن وهب في « الكتاب » .

فإن أكرى إبله فلا يخلو من أن يكريها لنفسه ، أو للمكتري .

فإن أكراها لنفسه ، هل يكلف الرجوع ثانية ، أو يخير عليه المكتري؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يكون له الكراء ، ويكلف الرجوع ثانية في حق المكتري، وهو قول ابن القــاسم في « الكتاب » ؛لأن الكراء غير مـعين ، بل هو في الذمة ، فينفذ فيه بيعه ؛ لأنه باع ما ضمانه منه .

والثاني : أن المكتري مخير عليه ؛ إن شاء سلم له ما أخذ في الكراء ، ويكلف له الرجوع ثانية ، وإن شــاء أخذ الكراء إن كان ما به اكترى أولا أو أقل ، فإن كــان في الثمن فـضل فهو للمـكري إن انتقد الـكراء الأول من المكتــري ؛ لأنه إن أخذه المكتــري ، فقد أخذ أكثــر مما دفع ؛ فصار سـلفًا بزيادة .

وهو قول ابن حبيب في الواضحة .

فإن اكترى للمكتري : فلا يخلــو أن يكون الجمال هو المتولي للكراء ،

أو السلطان هو المتولي له .

فإن كان الجمال هو المتولي للكراء ، فلا يلزم ذلك المكتري ؛ لأن الكراء عليه بيع ، فلا يتولاه إلا السلطان ، أو من أقيم مقامه ، وعليه الرجوع ثانية على أصل ابن القاسم .

وإن رضى المكتري بصنعه ، وأخذ ذلك الكراء : فإن ذلك له ـ قلَّ أو كثر ـ إن كان لم ينقده .

وإن نقده : لم يجز له أخذ ما زاد على الأول ؛ خيفة أن يأخذ أكثر مما أعطى ، كما تقدم .

فإن كان السلطان هو المتولي للكراء ، فذلك لازم للمكتري ـ قلَّ أو كثر ـ ويكون عليه الكراء الأول ، وإن لم ينقده ؛ لعدم التهمة في فعل السلطان ؛ لأن ذلك من باب دفع الضرر على معنى النظر .

فأما الوجه الثاني : إذا كان الهارب مكريًا : فلا يخلو من أن يهرب بإبله، أو يتركها في يد المكتري .

فإن تركها في يد المكتري : استعملها ، ويرجع على الجمال بما أنفق عليها ، وبما أكرى به من يترحلها ، وغير ذلك مما كان اشترطه على الجمال .

فإن هرب بإبله ، فذلك على وجهين :

إما أن يكون الكراء مضمونًا ، أو معينًا .

فإن كان مضمونًا : فلا يخلو من أن يكون له مال أم لا .

فإن كان له مال : فإن السلطان يكرى عليه للمكتري ، ويرجع عليه بذلك .

فإن لم يكن له مال ، هل يكري عليه أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه لا يكري عليه ، وهو قول في « كتاب ابن المواز » .

والثاني : أنه يكرى عليه إذا طلب ذلك المكتري لأجل الضرورة ، وهو ظاهر « المدونة » .

فإن كان الكراء معينًا : لم يكر عليه ، وإنما مقال المكتري في الفسخ ، وهو على ثلاثة أقسام :

مفتقر إلى حكم حاكم ، أو غير مفتقر إليه ، ومختلف فيه .

أما المفتقر إليه : فهو إذا لم يتعين الزمن ، ولا فات المقصود ، فإنه إن رفع إلى السلطان نظر في ذلك ؛ فيفسخه عنه إن كان في الصبر مضرة ، ولا يتعجل في الفسخ إن لم يكن فيه مضرة .

وأما غير المفتقر إليه فهو الكراء الذي يتقدر بزمن معين ، فإنه يفوت بفواته ، وإن لم يحكم حاكم .

وأما المختلف فيه : فهو ماله إبان يفوت بفواته ؛ كالحج ، أو يريد الخروج إلى البلدان المتباينة مع القوافل المتعاظمة ، فجاءه الجمال بالإبل بعد أن فات له المأمول : فلا يخلو من أن يحكم الإمام بفسخه ، هل ينفسخ بعد فوات ذلك كالمعين أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدهما : [ق/ ١٠٦/ ٢أ] ينفسخ بفوات الإبان ، أو ما هو مثل الإبان كفوات القوافل .

والثاني : أنه لا ينفسخ ؛ لأنه العقد لازم من طرفيه .

والثالث : أنه يفسخ في الحج دون غيره ، وهو قول مالك في «الكتاب»، والحمد لله وحده .

□□□

المسألة السادسة
في إقالة أحد المتكاريين في الدواب لزيادة

وهذه الترجمة كثيرة الفصول ، متشعبة الفروع ،طافحة الينبوع ، ولنقتصر فيها على اللطيف إيثارًا للتخفيف ، فنقول وبالله التوفيق .

ما نورده في إقالة أحد المتكاريين لا يخلو من وجهين :

إما أن يكون من قبل المكري ، وإما أن يكون من قبل المكتري .

فإن كانت الإقالة من قبل المكري : فلا يخلو الكراء من أن يكون على التعجيل ، أو على التأجيل ، مثل أن يتأخر بشرط ، أو عرف ، أو حكم.

فإن كان على التأجيل والزيادة من المكري : فالإقالة جائزة إذا عجلت الزيادة ـ عرضًا كانت أو ذهبًا .

ولا يجوز إذا تأجلت ما كانت سلعته فيه أن المكتري فسخ الركوب فيما لا يتعجله ، وذلك فسخ دين في دين ، وإذا عجلها فقد فسخ منقودًا [ ][1] فلا مكروه .

ثم هكذا الجواب إذا كان الكراء على التعجيل ، إلا أنه لم ينتقد ، أو انتقد ولم يغب عليه ، فلا نطول بذكر التعجيل .

وأما إن كانت الزيادة بعد أن غاب على النقد : فلا يجوز إن كانت مؤجلة ما كانت الزيادة ؛ لأنه فسخ دين في دين ؛ لأنه فسخ الركوب فيما لا يتعجله .

واختلف إذا كانت معجلة من أي نوع كانت على ثلاثة أقوال ، كلها

---

(١) طمس بالأصل .

قائمة من المدونة .

أحدها : أن [ ] [1] حوز ؛ لأنه سلف بزيادة ؛ لأن المكري غاب على النقد ، ثم يرده بعد الغيبة بزيادة ، إلا أنه سار من الطريق ما يرفع التهمة عن الضرورة التي تلحق ، إما أن يدبر إبله ، أو بسوء عشرة صاحبه ، وهو قول ابن القاسم في المدونة .

بخلاف الدار ؛ إذ لا مضرة عليه إن كان لها جيران سوء ، فهو عيب إن لم يعلم به .

والثاني : أن ذلك لا يجوز بزيادة المكري بوجه ؛ لأنه سلف بزيادة [ ][2] سلف ما استوفى ، فهو نفع والمردود سلف .

ويجوز إذا غيبت الإقالة عن الزيادة للضرورة التي ذكرناها في حد الدار أيضًا .

وهو قول الغير في « الكتاب » .

والثالث : أن الإقالة لا تجوز متى انتقد واستوفى المكترى شيئًا من المنافع ، بيع وسلف ، وهو قول سحنون ،وهذا القول قائم من المدونة من مسألة الدار .

فإن كانت الزيادة من قبل المكتري ، فلا يخلو الكراء من أن يكون على التعجيل ، أو على التأجيل .

فإن كان الكراء على التعجيل وقبل النقد : فلا يخلو من أن تكون الزيادة مؤجلة ، أو معجلة .

فإن كانت مؤجلة : لم يجز على كل وجه ، من أي نوع كانت ؛ لأنه

---

(١) طمس بالأصل .

(٢) طمس بالأصل .

فسخ دين في دين .

فإن كانت معجلة : جاز ، وإن كانت عرضًا أو ذهبًا ، والكراء بذهب لا مانع ، وإن كانت دراهم والكراء بذهب : فهو بيع وصرف ؛ لأنه ذهب بفضة مع أحدهما سلعة وهي الركوب : فلا يجوز إلا على مذهب ابن القاسم ، ويجوز على مذهب أشهب ، وهذا إذا كان أكثر من صرف دينار.

فإن كان أقل منه : فيجوز باتفاق بين ابن القاسم وأشهب .

فإن كانت الزيادة بعد الانتقاد ، وكانت ذهبًا والكراء ذهب : فقد قال في « المدونة » : يجوز إن كانت مقاصة ؛ لأن المكري يأخذ أقل مما يدفع .

وإن لم تكن مقاصة لم يجز ؛ لأنه ذهب بذهب مع أحدهما سلعة ـ وهي الركوب ـ لأن المكتري دفع الزيادة من الذهب مع الركوب الذي وجب له ، وأخذ ذهبًا ، ولهذا اعتبار في هذا الوجه بغيبة الكراء على النقد بعد القبض ، وإنما يعتبر ذلك في زيادة المكري ، وقد قدمناه.

فإن كانت عرضًا : فجائز معجلة ومؤجلة ؛ لأن المكتري باع عرضًا معجلاً أو مؤجلاً مع الركوب الذي وجب له أن يسترجعه من الذهب .

فإن كان الكراء على التعجيل والمسألة على حالها .

فإن كانت الزيادة عرضًا : جاز إن كان معجلاً ، ولا يجوز إن كان مؤجلاً ؛ لأنه فسخ دين في دين .

فإن كانت بفضة على وجه : فإنه صرف مستأجر؛ لأن الذمة مشغولة إلى ذلك الأجل .

فإن كانت ذهبًا : لم يجز إلا إلى محل الأجل على معنى المقاصة إما نقدًا أو إلى دون ذلك الأجل : فلا يجوز ؛ لأنه ضع وتعجل ، ولا إلى أبعد من الأجل ؛ لأنه بيع وسلف .

ولا فرق فيما وصفناه بين الكراء المضمون ، والمعين ؛ لأن المنافع كالدين على أحد قولي المذهب .

وعلى القول الآخر : يجوز في المعين زيادة المكري بعد أن غاب عن النقد ؛كالبائع المستقيل في السلعة المعينة بزيادة بعد أن غاب على النقد .

وإنما لا تجوز الإقالة إذا انعقدت بمجردها على ما لا يجوز ، وذلك في المواضع التي عللنا فيها في الكراء المضمون بفسخ الدين في الدين .

وأما الدور : فهي كالدابة المعينة في جميع ما وصفنا ، إلا في زيادة المكري للدابة بعد أن غاب على النقد ، وقد سار من الطريق ما يرفع التهمة على أصل من رأى ذلك فيها ، بخلاف الدار ، فلا تجوز الإقالة فيها بزيادة على وجه إن كان ذلك بعد استيفاء البعض ؛ سدًا للذريعة ؛ أي : جواز البيع والسلف .

فإن كانت بغير زيادة فقولان : الجواز ، والمنع ، والقولان لابن القاسم.

فوجه الجواز : قياسًا على السلع المعينة .

ووجه المنع : تشبيهًا بما في الذمة .

وإلى هذا أشار الشيخ أبو إسحاق ، وهذا إذا انتقد الكراء .

فإن لم ينتقد : جاز ؛ لعدم العلة التي هي البيع والسف .

وحكم الإقالة في كراء الأرض كحكم الإقالة في كراء الدار ، إلا أن تكون غير مصونة.

فإن تقابلا فيها ، والزيادة من المكري ، والموضع الذي تصح فيه الإقالة على الزيادة منه : لم يجز أن ينتقد الزيادة ، وتكون موقوفة عينًا كانت أو عرضًا ، إلا أن تكون الأرض مأمونة ؛ لأن المكري رجع بإقالة مكتريه.

فإن لم تروي الأرض انفسخ الكـراء الأول ، ولم تصح الزيادة ، وقال بعضهم : كذلك يجب في زيادة المكتري ، والأرض غير مأمونة ألا تجوز ، وإن أوقفها ؛ لأن المكري فسخ كراؤه فيما لا يتعجله ، والحمد لله وحده .

❑❑❑



كتاب كراء الدور والأرضين



كتاب كراء الدور والأرضين

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها سبع مسائل :

المسألة الأولى

فيمن أكرى داراً وفيها نخلة ، أو دالية فاشترط ثمرها

فلا يخلو ذلك من وجهين :

أحدهما : أن يكون بعد طيب الثمرة .

والثاني : أن يكون قبل طيبها .

فإن كان ذلك بعد طيب الثمرة : فذلك جائز ـ كانت قيمتها أكثر من الثلث أو أقل ـ لأنها كسلعة ثانية ، وكأنه اشترى داراً ، أو اشترى ثمر تلك الشجرة صفقة واحدة لجواز اجتماع الكراء والبيع في عقدة واحدة ؛ إذ لا فرق بين بيع المنافع وبين بيع الأعيان .

فإن انقضى أمد الكراء قبل جذاذ الثمرة : فهي له ، قولاً واحداً في المذهب .

فإن كان ذلك قبل طيب الثمرة ، وقبل أن تخلق الثمرة أصلاً ، فلا يخلو من أن تكون مثل الثلث ، أو أقل ، أو أكثر .

فإن كانت قيمة الثمرة أكثر من الثلث : فلا يجوز اشتراطها باتفاق المذهب ؛ لأن ذلك بيع الثمرة قبل بدو الصلاح على البقاء .

وهل يجوز أن يشترط منها الثلث ، أو ما دونه ، أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على قولين :

أحدهما :أن ذلك لا يجوز، وهو مشهور المذهب، وهو قول ابن الموزا.

ويتخرج القول الثاني من مسألة العرايا بالجواز إذا أعرى أكثر من خمسة أوسق ؛ حيث قال في « الكتاب » .

يجوز للمعري أن يشتري منها خمسة أوسق يخرصها ثمرًا عند الجذاذ ، والعلة في الجميع واحدة ، ولاسيما أن مسألة اشتراط الثمرة مقاسة على العرايا للضرر الداخل على المكتري في ترداد المكري إلى دخول الدار لافتقاد شجرة وسقيها وعلاجها ، والنظر في مصالحها ؛ ولهذه العلة جوز الشارع من بيع العرية يخرصها على مشهور مذهبنا .

فإن كانت قيمتها أقل من الثلث : جاز باتفاق المذهب بشرط أن تطيب الثمرة قبل انقضاء المدة .

فإن كانت المدة تنقضي قبل أن تطيب الثمرة : فلا يجوز الكراء ويفسخ، وهو قول ابن المواز ، وابن حبيب ، وبه قال أصبغ في « العتبية » ووجهه : أنه لما انقضت المدة ، والثمرة لم تطب كأنه كما ابتدأ العقد عليها الآن ، وكأنها اشتراها مفردة .

ويتخرج في المسألة قول آخر بجواز الكراء ؛ لعدم القصد إلى شراء الثمرة ، وإنما المقصود الانتفاع والارتفاق بمنافع الدار مدة الكراء ، وشراء الثمرة غير مقصود ، وإنما الغرض في اشتراطها دفع ضرر المكري إلى انقضاء أمد الكراء .

فإن كانت قيمتها مثل الثلث ، فهل يجوز ذلك أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن الثلث في حيز اليسير فيجوز .

والثاني : أنه في حيز الكثير فلا يجوز .

والقولان لمالك رضي الله عنه .

وعلى القول بجوازه في الثلث ، وأنها في حيز اليسير : فلا يخلو من أن يشترط الثمرة كلها ، أو بعضها .

فإن اشترطها كلها : فلا يخلو من أن يكون الكراء سنة واحدة ، أو سنتين .

فإن كان الكراء سنة واحدة : فلا إشكال في الجواز .

وإن كان الكراء سنتين : فلا يخلو من أن تكون الثمرة تبعًا في كل سنة، أو تكون تبعًا في بعض السنين وغير تبع في بعضها .

فإن كان تبعًا في كل سنة : فلا إشكال في الجواز [ق/١٠٧/ ٢أ] أيضًا .

فإن كان تبعًا في بعض وغير تبع في بعض ، إلا أنه إذا أضيف جملتها كجملة الكراء كانت تبعًا لكان ينبغي ألا يجوز ذلك ؛ لأن كل سنة لها حكمها ، فلا تعوض زيادة الثمرة في سنة عن نقصها في سنة أخرى ؛ كما لو أكترى دورًا في صفقة في بعضها ثمرة أكثر من الثلث ، ولا شيء في بقية الدور ، أو فيها أقل من الثلث ، فإذا جمع الجميع كان أقل من الثلث ، فإن ذلك لا يجوز .

فإن اشترط بعض الثمرة هل يجوز ذلك أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على قولين قائمين من المدونة :

أحدهما : أن ذلك لا يجوز ، وهو قول ابن القاسم في «كتاب كراء الدر والأرضين» أوله .

والثاني : أن ذلك جائز ، وهذا القول يؤخذ من « كتاب العرايا » ؛ حيث جوز للمعري أن يشتري بعض عريته ويترك الباقي .

فإن اكتري سنة ، فانهدمت الدار بعد أن سكن ستة أشهر ، فإن لم

تطب الثمرة فهي للمكري ، فإن طابت فهل تكون للمكري أو للمكتري ؟ قولان .

فإن كانت قيمتها ثلث الكراء ، وكراه أشهر السنة متساوية : فعلى المكتري ثلثا الكراء ؛ الثلث منها قيمة الثمرة ، والثلث الآخر فيما لزمه من نصف كراء الدار بلا ثمرة ، وهو قول ابن القاسم في « الواضحة » و« العتبية » .

والثاني : أن الثمرة للمكري ـ طابت أو لم تطب ـ وهو اختيار ابن المواز والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الثانية

في اكتراء الدار مشاهرة ومساناة[١]

ولا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يعقدا على مدة معينة .

والثاني : أن يسمى الكراء ، ويتفقان عليه ، ولا يتواجبان على مدة معينة .

فأما الوجه الأول : إذا عقده المتكاريان لمدة معينة معلومة : فإن ذلك جائز لازم لهما ـ نقدا الكراء أو لم ينقداه ـ قبض الدار أو لم يقبضها ـ ولم يكن للمكتري أن يخرج ، ولا لصاحب الدار قبل تمام المدة ، إلا أن يشترط المكتري أن يخرج متى شاء ، فيجوز ذلك ما لم ينقد بشرط أو طواعية ؛ لأنه كراء بخيار طوعًا ، ولا يجوز فيه النقد بشرط ولا طوعًا ، وهذه المدة تتعين بخمسة ألفاظ :

أحدها : أن يقول أكرى منك هذا الدار ، أو هذا الحانوت شهرًا أو سنة بكذا .

والثاني : أن يقول : أكرى منك هذا الشهر أو هذه السنة .

والثالث : أن يقول : أكرى منك ذلك شهرين أو سنتين .

والرابع : أن يقول : أكرى منك ذلك إلى شهر كذا أو إلى سنة كذا ؛ فضرب أجلاً .

والخامس : أن ينقده المكتري كراء شهر أو سنة أو سنتين .

---

(١) أي : كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا .

واختلف في السادس إذا قال : أكري منك شهرًا بدرهم أو سنة بدينار، هل ذلك وجيبة معينة أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن ذلك وجيبة بمنزلة ما لو قال : هذه السنة ، وهو الأظهر والأشهر ، وهو أسعد بظاهر « الكتاب » ، وهو مبني من قوله في « الكتاب » : إن استأجرت دارًا سنة أو سنتين : فذلك جائز ، وله أن يسكن، ويسكن من شاء .

فإن كان لربها الخيار في إخراجه لم يخرج المكتري إن أسكن من شاء ، ومن ذلك قوله : استأجرت دارًا سنة بعد ما مضى عشرة أيام من هذا الشهر تحسب هذه الأيام ، ثم تحسب أحد عشر شهرًا ، ثم يكمل مع الأيام التي بقيت من الشهر ثلاثين يومًا ، وهو قول ابن القاسم في آخر « كتاب المدبر » من « المدونة » : إذا قال لعبده : أخدمني سنة فأنت حر ، فقال : هذه السنة بعينها ، أو لم يقل فهو سواء ، وتحسب السنة من يوم قوله .

وإن أبق فيها العبد أو مرض ، فصح بعد زوالها : عتق ولا شيء عليه .

وقال : ألا ترى في أن من أكرى داره ، أو دابته ، أو غلامه ، فقال : اكترها سنة ، وإنما يحسب من يوم قوله ، ولو قال هذه السنة بعينها : كان ذلك أيضًا .

والثاني : أن قوله سنة لا يقتضي التعيين ،وله الخروج ، ولرب الدار إخراجه متى شاء ؛ مثل قوله : كل سنة ، وهو ظاهر قوله في « كتاب ابن المواز » ؛ في الذي قال : أكريك شهرًا بكذا ، فسكن شهرًا ، ودخل في الثاني ، فخرج قبل تمامه ، فقال : عليه بحساب ما أكرى ، ولو كان بعينه لكان عليه في الثاني كراء المثل ، وهذا نص قوله ، وإليه ذهب بعض المتأخرين .

فإذا انعقد الكراء بينهما بأحد هذه الألفاظ : لزمهما ، ولم يكن

لأحدهما الخروج قبل تمام المدة ، ويكون أول الشهر أو أول السنة من يوم العقد .

فإن كان في أول الشهر : كانت السنة كلها على الأهلة .

فإن كان في أثناء الشهر : فهما بالخيار ؛ إن شاءا أمضياها على ثلاثين يومًا كل شهر ، وإن شاءا عدا بقية أيام هذا الشهر ، ثم أحد عشر شهرًا بالأهلة ، ثم أكملا على ما كان بقى من الشهر الأول تمام ثلاثين يومًا .

وهذا قولهم في الكراء والأيمان في العدد .

ولا يقع الكراء ، ولا اليمين على بقى من السنة إذا [ ] (١) فإن نوى بقية السنة : فله نيته في الفتيا .

وإن لم تكن له نية : فإنه يبتدئ السنة من يوم وقع العقد .

وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في « العتبية » .

واختلف إذا وقع العقد في بعض النهار ، هل يلغي بقية ذلك اليوم ، أو يحسب إلى مثل تلك الساعة ؟ على [قولين] (٢):

عن مالك ـ رحمه الله ـ ، وذلك في الكراء ، والعدة ، والطلاق ، والفوات ، والأيمان ، ووجود النصاب في الزكاة ، والمسافر إذا دخل بلدًا في أثناء النهار ، ونوى إقامة أربعة أيام في تلك البلدة .

والذي اختاره ابن القاسم : أن يلغي بقية ذلك اليوم .

وأما الوجه الثاني : إذا سمى الكراء واتفقا عليه من أن يتواجبا مدة معينة؛ وذلك أن يقول : أكرى منك الشهر بكذا ، أو السنة بكذا ، أو في كل شهر بكذا ، أو كل سنة بكذا ، أو كل شهر أو كل سنة ، أو في الشهر

---

(١) غير واضح بالأصل .

(٢) سقط من أ .

بكذا ، أو في السنة بكذا ، هل له الخروج متى شاء ؟ وهل للمكتري أن يخرجه متى شاء؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدهما : أن له أن يخرج متى شاء ، ولا فرق بين الشهر الأول والثاني.

وهو قول ابن القاسم في « المدونة » وهو المشهور .

والثاني : أنه يلزمه الشهر الأول بالشروع فيه ، ولا يلزمهما ما بعدها ، وهو قول عبد الملك بن الماجشون .

والثالث : أنه يلزمه كراء الشهر بالشروع فيه ـ كان أول الشهر أو لم يكن .

وهو قول ابن أبي أويس عن مالك .

وكذلك إذا أكراه كل سنة بكذا ، هل يلزمهما الكراء في السنة الأولى، أو لا يلزمهما لا في أولها ولا في أثنائها ، ولأحدهما الخروج متى شاء ، ويلزمهما الكراء في كل سنة بسكن بعضها ؟

فالثلاثة الأقوال التي قدمناها في المشاهرة داخلة في كراء المساقاة ، فتدبر ذلك تجده مبينًا إن شاء الله صحيحًا ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة الثالثة

في انهدام الدار أو استحقاقها

ولا يخلو ما انهدم منها من أن يكون يسيراً ، أو كثيراً .

فإن كان يسيراً : فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون لا مضرة فيه على الساكن ، ولا ينقص الدار شيئًا .

والثاني : أن يكون لا مضرة فيه على الساكن ، إلا أنه ينقص من قيمة كراء الدار .

والثالث : أن يكون فيه مضرة على الساكن من غير أن يبطل من منافع الدار شيئًا .

فأما الأول : فكانهدام الشرفات ونحوها : فلا خلاف فيه أن الكراء للمكتري لازم ولا يحط منه شيء .

وأما الثاني : فهو ما لا مضرة فيه على الساكن ، إلا أن ينقص من قيمة الكراء : فهذا يلزمه السكنى ، ويحط عنه ما حط ذلك من قيمة الكراء إن لم يصلحه رب الدار ، ولا يلزمه إصلاحه ، فإن سكت وسكن : لم يكن له شيء .

وأما الثالث : فهو ما فيه مضرة على الساكن من غير أن يبطل من منافع الدار شيئًا ؛ كالهطل ، وشبهه : فهذا قد اختلف فيه على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن رب الدار لا يلزمه الإصلاح إلا أن يشاء ، فإن أبى : كان المكتري بالخيار بين أن يسكن : بجميع الكراء ، أو يخرج ، فإن سكت

وسكن : لزمه جميع الكراء ،وهو قول غيره في « الكتاب » أيضًا.

فأما الوجه الثاني من أصل التقسيم : وهو أن يكون الهدم كثيرًا ، فلا يلزم الإصلاح رب الدار اتفاقًا في المذهب ،وهو على ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يعيب السكنى ،وينتقص من قيمة الكراء ، ولا يبطل شيئًا من المنافع ؛ مثل أن تكون الدار مبلطة مجصصة ، فيذهب تبليطها وتجصيصها : فهذا يكون فيه المكتري بالخيار بين أن يسكن بجميع الكراء ، أو يخرج إلا أن يصلح رب الدار .

فإن سكن وسكت : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه يلزمه جميع الكراء ، وهو مذهب ابن القاسم في « المدونة».

والثاني : أنه يلزمه الكراء ، ويحط عنه مقدار ما نقص من قيمة ثمن الكراء ؛ كالبيت ينهدم من الدار .

والثاني :أن يبطل اليسير من منافع الدار ؛ كالبيت ينهدم منها ، وهي دات البيوت ، فهل يلزمه السكنى ويحط عنه ما ناب البيت المنهدم؟

والثالث : أن يبطل أكثر منافع الدار ، أو منفعة البيت الذي هو وجهها، أو انهدم الحائط الذي هو سترة لها ، أو ما أشبهه : فهذا يكون المكتري فيه مخير بين أن يسكن بجميع الكراء ، أو يخرج .

فإذا أراد أن يسكن على أن يحط عنه من هدم من ذلك لم يكن له ذلك إلا برضا رب الدار ، فإن رضي بذلك [ق/١٠٨/٢أ] جرى جوازه ، على الخلاف في جواز جمع الرجلين سلعتيهما في البيع .

وموضع التشبيه بين المسألتين : إذا رضي أن يحط عنه ما ينو ـ ما انهدم من الكراء ، وهو مجهول في الحال ، ولا يعرف إلا بعد التقويم ؛ولهذا

منع الجمع بين السلعتين في البيع .

فإن بنى المكري الدار قبل أن يخرج المكتري : لزمه الكراء ، ولم يكن له أن يخرج .

وإن خرج المكترى ، ثم بناها ربها ، فهل يلزمه الرجوع أم لا ؟

فلا يخلو البناء من أن يكون يسيرًا ، أو كثيرًا .

فإن كان كثيرًا : فإن المكتري لا يلزمه الرجوع ، إلا أن يشاء ، ولا خلاف في ذلك .

فإن كان ذلك البنيان [يسيرًا] (١) مثل الأيام أو فوق ذلك قليلاً مما لا ضرر فيه ، هل يلزمه ما بقى من المدة أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يلزمه ، وهو ظاهر قول ابن القاسم .

والثاني : أنه لا يلزمه ما بقى من المدة ، ويسقط عنه ما بين ذلك ، وهو قول أصبغ في « كتاب محمد » .

وقال ابن ميسر : يريد أصبغ في العمارة ، لا في هدم البناء من أصله .

والاستحقاق : كالهدم في التفضيل بين القليل والكثير في جميع ما قدمناه ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

(١) سقط من أ .

المسألة الرابعة

إذا أكرى داره من النصراني ، أو من الخمار من المسلمين

ولا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكريها منه على أن يسكنها ، أو يبيع فيها ما يشاء من الأشربة الحلال .

والثاني : أن يكريها منه على أن يبيع فيها خمرًا ، أو ما لا يجوز من الحرام .

والثالث : أن يكريها منه مجملاً ومبهمًا .

فأما إذا أكراها منه على أن يسكنها ، أو يبيع فيها ما شاء من الأشربة الحلال : فلا شبهة في الإجزاء ، وإنما الكلام إذا صرفها المكتري إلا ما لا يجوز ؛ كبيع الخمر وغيره : فلا يخلو ربها من أن يعلم ، أو لا يعلم .

فإن علم : فله منعه من ذلك .

وإن تركه مع الإمكان ، فهل يتصدق بالأجرة أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يتصدق بجميع الثمن كما لو ابتدأ العقد على ذلك ، وهو قول ابن حبيب .

والثاني : أنه لا يلزمه ذلك لملك المكتري منافع الدار بالكراء ملكًا لا يمكن لربها نزعه منه ، فلم يلزمه الصدور بالكراء كما لو باعها منه ، وقال: هذا القابل إنما كلفنا له منعه على طريق الاستحسان ؛ لئلاً يقول له أنه قد صدق ذلك في حين العقد .

وهذا القول لبعض المتأخرين .

والثالث : بالتفصيل ؛ فإن كان أكراها له ليسكنها ، ثم صرفها إلى بيع الخمر فيها : فإنه يتصدق بجميع الكراء فيه ؛ لأنه كأنه فسخ الأول فى الثاني إذا لم يمنعه .

فإن كان أكراها له ليبيع فيها الأشربة إذا لم يمنعه .

فإن كان أكراها له ليبيع فيها الأشربة الحلال ، ثم أخذ يبيع فيها الخمر والخنازير : فإنه يتصدق بما زادت قيمة كرائها على أن يبيع الخمر على كرائها على أن يبيع فيها الحلال .

وهذا القول لبعض المتأخرين .

فإن لم يعلم بذلك : فلا خلاف أنه لا يجب أن يتصدق إلا بما زادت قيمة كرائها على أن يبيع فيها الخمر على الكراء الذي كان أكراها ليبيع الأشربة الحلال .

وأما الوجه الثاني : إذا أكراها على أن يتصرف فيها بما لا ينبغي ؛ كبيع الخمر ، وما أشبه ذلك : فلا يخلو من أن يتصرف فيها المكتري بمقتضى عقده ، أو ينقلها إلى تصرف مباح .

فالأول فاسد بلا خلاف ، ويتصدق بجميع الكراء إذا فات .

وفي تقليل الصدقة قولان :

قيل : لأنه حرام عليه ، وقيل : على وجه الأدب .

وقد وجه القولان بالقياس على ثمن الخمر ، وبيان الأصل قد تقدم في موضعه .

فإن نقلها إلى تصرف مباح : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن العقد فاسد ، وتكون فيه القيمة بعد الفوات ـ بالغة ما بلغت ـ هنيئة مريئة للمكتري .

وهو قول ابن القاسم في « الواضحة » وغيرها ، ولا يضرها الشرط .

والثاني : أن الكراء سائغ للمكري ، ولا يضره الشرط العري عن العمل، ويتصدق بالمزيد لأجل الشرط إن كان ثم .

وأما الوجه الثالث : إذا وقع العقد مبهمًا : فقد تنازعت فيه الأوهام الفقهية ؛ فريق يحمل العقد على الصحة حتى لا يصير بعلم الجنان الخفي على [ما] (١) يطوي اللسان ،وله منعه من ذلك ، وإن لم يمنعه : فعلى ما تقدم ، وبه قال ابن حبيب .

وفريق يحمل العقد على الفساد حتى كأنه اشترطه نصًا لما في تغييب شائبة الصحة من ترك الاحتياط ، وهو مذهب ابن القاسم في «المدونة » .

واتفقا على منع عصير العنب لمن يعلم أنه يعصره خمرًا ، وأنه يتصدق بالثمن إن فعل .

والفرق على رأي من فرق عدم قدرة البائع على [ ] (٢) يفسخ أو يباع العنب على المشتري على خلاف .

وتوجيه مشهور في هذا الأصل ، لا خفاء به على من طالع المذهب ، والحمد لله وحده .

❑❑❑

(١) سقط من أ .

(٢) قدر سطر غير واضح بالأصل .

المسألة الخامسة

في حكم العقد والتعدي في كراء الأرض

اعلم أنهم قالوا : الأرضون على ثلاثة أقسام : أرض نيل ، وأرض مطر ، وأرض تسقى بالآبار والأنهار والعيون .

والكلام عليها من ثلاثة أوجه :

أحدها : في حكم العقد العري عن النقد .

والثاني : في حكم النقد ، وهل يجوز أو لا يجوز ؟

والثالث : لزومه ، هل يلزم أم لا ؟

أما الكلام في جواز العقد : فلا خلاف عند من يقول بجواز كراء الأرض أن العقد يجوز عليها قرب الزراعة ، وعند توقع الغيث .

واختلف المذهب هل يجوز تقدم العقد على زمن العمل على قولين منصوصين في « المدونة » :

أحدهما : جواز تقدمه على زمن العمل بقليل أو بكثير لعام واحد ولأعوام ـ كانت الأرض مأمونة أو غير مأمونة ـ وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : أنه لا يجوز كراؤها إلا بقرب الزراعة في أرض النيل ، وقرب الأمن من وقوع المطر في أرض المطر .

ولا يجوز كراء أرض المطر إلا لسنة واحدة ، وأما أرض النيل ، فيجوز كراؤها للأعوام الكثيرة بقرب ريِّهَا.

وأما أرض السقي بالآبار والأنهار : فيجوز كراؤها لعشرة أعوام

لا أكثر.

وأما أرض السقي بالعيون : فلا يجوز كراؤها إلا لثلاثة أعوام والأربعة.

وهذا مذهب عبد الملك بن الماجشون ، وبعضه له في «المدونة» ، وله بعض آخر في « الواضحة » .

ووجه قول ابن القاسم : أن العقد العري عن النقد لا يمنع منه مخافة فوات المقصود مع التمكين من تسليم العين ، وإنما يتأثر بتعذر تسليم العين، لا مع إمكانه ، وإنما يؤثر فوات المقصود دون النقد ، لا في العقد .

ووجه قول الغير : أنه لا فائدة في هذا العقد قبل وقت العمل ، لا محض التخيير على صاحب الأرض من البيع وغيره ؛ فواجب أن يكون ممنوعًا منه .

وأما جواز النقد : فذلك يختلف باختلاف الأراضي ؛ فما كان منها مأمونًا كأرض النيل ، وأرض المطر المأمونة : فلا خلاف في جواز النقد فيها بالري ، والإمكان من أيِّ أرض كانت .

ومعنى المأمونة : أن تكفيها سقية واحدة ، لا التي ينقطع عنها السقي ؛ لأنها لو كانت كذلك لم تكن أرض النيل مأمونة ؛ لأن السقي ينقطع عنها.

وأما غير المأمون : فالمذهب في جواز النقد فيها على قولين :

أحدهما : أنه لا يجوز فيها النقد إلا بعد أن تروى ، وتتمكن من الحرث ـ كانت من أرض النيل ، أو المطر ، أو السقى بالعيون والآبار .

وهو قول ابن القاسم في « المدونة » .

والثاني : التفصيل بين أرض المطر وأرض السقى ؛ فأرض المطر لا يجوز السقى فيها حتى تروي ريًا مبلغًا للزرع أو لأكثره ، مع رجاء وقوع

غيره من المطر .

وأما أرض السقى بالآبار : فإنه يجوز النقد فيها قبل الري .

وهو قول عبد الملك في « المدونة » و« الواضحة » .

وأما وجوب النقد ولزومه : فذلك يختلف باختلاف الأراضي :

أما أرض النيل : فالري يجب النقد وفاقًا ؛ إذ به يصير قابضًا .

واختلف هل يلزم بالشرط قبل الري أم لا ؟ على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يجب بالشرط دون الري ، وهو قول ابن القاسم في « المدونة » وهو المشهور .

والثاني : أنه يجب بالشرط قبل الري .

وهذا القول يؤخذ من « المدونة » من قوله : ويجوز أن تكتري من رجل أرضه تزرعها أنت العامر بأرضك قابلاً ليزرعها هو إن كانت أرضك مأمونة يجوز النقد فيها ؛ لأن أرضه كعرض انتقده في أرضك ، وهذا ظاهر لا إشكال فيه .

وأما أرض المطر والسقى الغير المأمون : فلا يلزم فيها النقد إلا باستغناء الزرع عن الماء ، وفاقًا .

وأما أرض السقى المأمون : فقد اختلف فيه المذهب أيضًا على قولين :

أحدهما : أنه كأرض المطر ، وهو قول ابن القاسم في « الكتاب » .

والثاني : أنه كأرض النيل ، وهو قول عبد الملك في « الكتاب » أيضًا .

فإن كانت تزرع بطونًا كالقصب ، والبقل : ففيه قولان في « الكتاب » أيضًا :

أحدهـما : أنه يلزمه النقد بتمام كل بـطن أن ينقد ما ينوبه ، وهو قول ابن القاسم .

والثـاني : أنه ينقد بابتداء كل بطـن ، وهو قول أشهب في « الكتاب»، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة السادسة

فيمن [ ] [(١)]

[ق/ ١٠٩/ ٢أ] عليه في ذلك بالإبان ، فلا يخلو الذي حرث الأرض من أربعة أوجه :

أحدها : أن يصدق رب الأرض في أنه حدثها بغير إذنه .

والثاني : أنه يقر بالتعدي ، إلا أنه يدعي أنه حرثها بعلمه ، وهو حاضر ، لا يغير ولا ينكر .

والثالث : أن يدعي عليه أنه أكراها منه.

والرابع : أن يدعي عليه أنه اكتراها منه ، وأنه حرثها بعلمه ، وهو حاضر .

فالجواب عن الوجه الأول من الوجه الأول : إذا صدقه بأنه حرثها بغير إذنه : فإن لصاحب الأرض أن يأخذ أرضه ، ويأمر الزارع بقلع زرعه ، فيقلعه إن كانت له فيها منفعة ، ولا يجوز لصاحب الأرض أن يأخذه بقيمته مقلوعًا كالبنيان ؛ لأنه يدخله بيع الزرع قبل أن يبدو صلاحه على التبقية .

وقيل :إن ذلك جائز ؛ لأنه في أرض مبتاعة ، وبالعقد يدخل في ضمانه ،فيرتفع الغرر في ذلك ، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو إسحاق التونسي.

وهذا الخلاف ينبني على الخلاف فيمن اشترى على القلع ، ثم اشترى الأرض بعد ذلك ، فأبقاه فيه ، أو اشترى الأرض أولاً ، ثم اشترى الزرع بعد ذلك فأبقاه ، والخلاف في السؤالين جميعًا .

وإن لم تكن فيه منفعة بعد قلعه : لم يكن للزارع أن يقلعه ؛ لقول

(١) غير واضح بالأصل .

النبي ﷺ : « **لا ضرر ولا ضرار** »[١] ، ويبقى لصاحب الأرض ليس لعرق ظالم حق .

والجواب عن الوجه الثاني : وهو أن يصدقه في أنه هل يكثر منه إلا أن يدعي أنه حرثها بعلمه ،فلم يغير ذلك عليه ،ولا أنكر : فإن اليمين يلزم رب الأرض إن لم يكن للمدعي حرث الأرض على ذلك ، ولم يقلع زرعه، وكان عليه في الأرض كراء مثلها .

وكذلك الحكم مع قيام البينة على حرثه إياها بعلمه ومعرفته.

والجواب عن الوجه الثالث : وهو أن يدعي أنه أكراها منه : فالقول قول صاحب الأرض مع يمينه ، فإن حلف استحق أرضه ، وكان الحكم في الزرع على ما تقدم .

وإن نكل عن اليمين : حلف الذي حرث الأرض : لقد اكتراها منه بكذا وكذا .

فإن ادعى ما لا يشبه هل يكون القول قوله أم لا ؟ على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أن القول قوله ؛ لأن رب الأرض قد مكنه بنكوله ، وهذا هو المشهور في المذهب .

والثاني : أن القول قوله فيما يشبه ، وهو ظاهر قوله في « كتاب القراض » من « المدونة » : إذا ادعى رب المال أنه دفع إليه المال على معنى البضاعة ، وادعى العامل أنه دفعه إليه على سبيل القراض ، فنكل صاحب المال عن اليمين : أن العامل يحلف إذا كان مثله يستعمل في القراض ، فراعى هنا الشبه مع تمكين رب المال إياه من اليمين بنكوله .

---

(١) تقدم .

والجواب عن الوجه الرابع : وهو أن يدعي عليه أنه اكترها منه ، وحرثها بعلمه ومعرفته ، فإن لم يكن للذي حرثه بينة : فالقول قول صحاب الأرض ، ويحلف على الوجهين جميعًا أنه ما أكرى ، ولا علم .

فإن حلف : كان مخيرًا بين أن يأخذ الكراء الذي أقر به ، وبين أن يأخذ أرضه ، ويأمر الزارع بقلع زرعه إذا لم يكن للزارع في قلعه منفعة .

وأما إذا لم يكن في قلعه منفعة ، وكان الحكم يوجب بقاءه لصاحب الأرض : فلا يجوز للمكتري أن يتركه بما أقر به من الكراء ، أو بكراء المثل؛ لأن ذلك بيعه من الكراء ؛ لأن الشرع أوجبه له .

وإذا كان له في قلعه منفعة ، فقد تم بعد الكلام عليه .

وإن نكل عن اليمين : حلف الذي حرث الأرض : لقد أكراها بكذا ـ قلَّ أو كثر ـ فيقبل قوله فيما يشبه بالاتفاق، وفيما لا يشبه : على الخلاف الذي قدمناه .

فإن قال رب الأرض : أنا أحلف أني ما علمت بحرثه إياها ، ولا أحلف أني ما اكتريتها : لم يمكن ليمينه على هذا معنى إلا أن ينكل الذي حرث الأرض عن اليمين ، فيقال لرب الأرض : احلف أنك ما علمت بحرثه إياها ، وخذ أرضك ، واقلع الزرع إن شئت .

وإن أبى رب الأرض أن يحلف على الوجهين جميعًا ، وقال : أحلف ما اكتريت منه ، ولا أحلف أني ما علمت بحرثه إياها ، هل يمكن من اليمين أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة » :

أحدهما : أنه لا يمكن من اليمين ؛ لأنه إن نكل عن أن يحلف ما

علمت بحرثه إياها [ ] [١] .

لقد علمت بحرثي إياها ،ولقد اكتريتها منه بكذا : فيكون القول قوله إذا أشبه ما ادعى كراءها .

فإن لم يشبه : لم يصدق في ذلك ، وحلف رب الأرض أنه ما أكراها منه ، واستحق كراء مثلها ، ولم يكن له أن يقلع زرعه إذا حلف الذي حرث الأرض أنه حرثها بعلمه ومعرفته .

فإن لم يحلف على ذلك ، ونكل عن اليمين : كان لصاحب الأرض أن يأخذ أرضه ، ويقلع الزرع ، وهذا قول ابن القاسم في « المدونة » .

والقول الثاني : أنه يمكن من اليمين ، وأن القول قوله ما أكراها منه ، فإذا حلف على ذلك : استحق كراء المثل ، وهو قول غيره في « المدونة » .

فلم ير حرثها بعلم ربها بشبهة توجب أن يكون القول قوله في مبلغ الكراء .

فإن كان الذي أقر به المكتري من الكراء أكثر من كراء المثل : فلا يكون اليمين على واحد منهما .

وسواء على قول غيره ـ علم أو لم يعلم ـ فلا يحلف على مذهبه أنه لم يعلم بحرثه الأرض ، وإنما يحلفه أنه ما أكراها منه ، ويستحق كراء المثل ، ولو نكل عن اليمين على ذلك : حلف الذي حرث الأرض ، وإن أتى بما لا يشبه .

وأما الوجه الثاني من أصل التقسيم : وهو أن يقوم عليه في ذلك بعد الإبان ، فإن صدقه أنه لم يكر منه ، فله كراء المثل دون يمين ، ادعى عليه أنه حرثها بعد علمه أم لا .

---

(١) قدر سطر غير واضح بالأصل .

وأما إن ادعى عليه في ذلك بعد الإبان صدقة أنه لم يكر منه : فله كراء المثل دون يمين ادعى عليه أنه حرثها بعد علمه أم لا .

وأما إن ادعى عليه أنه أكراها منه ، ولم يدع أنه حرثها بعلمه ومعرفته: فإن رب الأرض يحلف أنه ما أكراها منه ، ويأخذ كراء المثل .

فإن نكل عن اليمين : حلف الذي حرثها على ما ادعاه من ذلك .

وأمَّا إن ادعى عليه أنه أكراها منه ، وأن حرثها بعلمه ومعرفته : فيحلف على الوجهين جميعًا .

فإن حلف : أخذ كراء المثل .

وإن نكل عن اليمين على الوجهين جميعًا ، وعلى أنه لم يكر منه : حلف الذي حرث الأرض على ما ادعى من الكراء .

وإن كان الذي أقرَّ به من الكراء أكثر من كراء المثل : فلا يمين على واحد منهما .

وإن نكل رب الأرض : أن يحلف ما حرثه بعلمه ومعرفته ،ولقد اكتريتها منه بكذا وكذا إذا أشبه ذلك .

فإن لم يشبه : حلف رب الأرض أنه ما اكتراها منه ، ويأخذ كراء المثل، والحمد لله وحده .

❑❑❑

المسألة السابعة
في المغارسة

اعلم أن المغارسة على جزء من الأرض : لا تجوز إلا على شروط :

منها : أن يذكر شبابًا معروفًا .

ومنها : أن يكون هذا الشباب قبل الإثمار ، ولا يجوز أن يكون بعد .

واختلف إذا قيداه بالإثمار ، فقد اختلف فيه المذهب على قولين :

أحدهما : الجواز ، وهو المشهور ، وهو قول ابن القاسم في « العتبية » و« الموازية » .

والثـاني : أن ذلك لا يجوز ؛ لأن قوله : « إذا أثمرت » لا يدري متى تثمر .

وهو قول ابن القاسم في « الموازية » أيضًا .

فإن قيداه بـالأجل ، فإن كان أجلاً يثمـر الشجر قبله : فـعلى الخلاف الذي قدمناه .

وإن كان أجلاً ينقضي قبل الاندمـال ، وبعد نبات الأشجار فلا خلاف في الجواز .

فإن أبهم الأمر فقولان :

أحدهما : الجواز ، ويحمل على الإثمار ، وهو قول ابن حبيب .

والـثانـي : أن ذلك فاسد حتى يسمي شـبابًا معروفًا ، أو إلى الإثمار، وهي رواية حسين بن عاصم عن ابن القاسم في « العتبية » .

وهذه المغـارسة لها حـكم الجعالـة تارة ، والإجارة تارة أخـرى ؛ فهي

شبيهة بالإجارة في أنها تلزم بالقول ، وشبيهة بالجعالة في أنه لا شيء له إلا بعد بلوغه للحد المشروط ؛ فإن بطل قبل ذلك : لم يكن له شيء .

وهل من حقه أن يعيده مرة أخرى ؟ قولان :

فإن وقعت هذه المغارسة على الوجه الذي منعنا إيقاعها عليه : فذلك على وجهين :

إما أن يجعل له جزءاً من الأرض ، أو لا يجعل له .

فإن لم يجعل له جزءاً من الأرض ، ولكن دخل الغارس على أن يكون له جزء [ق/ ١١٠/ ٢أ] من الغرس على الخصوص أو من الثمار بانفرادها : فلا خفاء بفساد ذلك ، واختلف في حكمه على قولين :

أحدهما : أنه كراء فاسد .

والثاني : أنه إجارة فاسدة .

ومن جعله كراء فاسداً كأن الغارس اكترى منه الأرض إلى أمد غير معلوم بنصف الثمرة ، أو بنصف الشجر ، يدفع ذلك إليه عند الحد المشروط والغروس على ملك الغارس ، أو يكون عليه كراء الأرض .

واختلف في حد ما يلزمه فيه الكراء على ثلاثة أقوال :

قيل : يوم أخذه وقبضه .

وقيل : من يوم وضع فيه الغرس .

وقيل : من يوم أثمر الشجر .

وكل ذلك عن ابن القاسم ـ رحمه الله .

وتكون له الغلة جميعها ، ويرد رب الأرض ما فوت منها ، ويقلع غرسه إلا أن يشاء رب الأرض أن يأخذ بقيمته .

ومن جعله إجارة فاسدة : إذا كان رب الأرض استأجر الغارس على أن يغرس له هذه الأرض بجزء من الثمار أو الشجر يدفع ذلك عند بلوغ الحد المشروط :رأى أن الغرس على ملك رب الأرض ،ويكون عليه للغارس قيمتها يوم وضعها في الأرض مقلوعة ، وأجرة مثله في غرسه وقيامه عليه ،وتكون الغلة كلها لرب الأرض ، ويرد الغارس عليه ما فوت منها مكيلتها إن عرفت ، أو خرصها إن جهلت .

فإن جعل له جزءًا من الأرض ، ولكنه أخلَّ ببعض الشروط المذكورة في الصحة ، ففي ذلك ثلاثة أقوال :

أحدها : أنها إجارة فاسدة ، وعلى رب الأرض قيمة الغروس وقت وضعت في الأرض ، وأجرة المثل للغارس في قيامه به ، وخدمته ، وحرسه ،ومحافظته عليه ، وله جميع الغلة ، ويرد عليه العامل ما فوت منها ، كما تقدم ، وهذا مذهب سحنون.

والثاني : أنه بيع فاسد في نصف الأرض ، وقد فوته الغارس بالغرس، وتكون عليه فيه قيمته يوم غرسه براحًا ، وكراء فاسد في النصف الثاني ، ويكون على الغارس فيه كراءه لرب الأرض ، إما يوم الأخذ ، أو الغرس ، أو الإثمار على ما تقدم من الخلاف .

وللغارس قلعه ، إلا أن يعطيه رب الأرض قيمته مقلوعًا ، وللغارس جيمع الغلة ، ويرد عليه رب الأرض ما فوت منها . وهذا القول مروي عن ابن القاسم .

والثالث : أنه بيع فاسد في نصف الأرض ـ كما قدمنا ـ وفي النصف الثاني إجارة فاسدة ، يكون فيه على رب الأرض للغارس قيمة غرسه مقلوعًا يوم وضعه ، وأجرة مثله في غرسه ، وقيامه عليه إلى وقت الحكم بينهما على ما اشترطناه .

وقيل : إنه يكون عليه للغارس نصف قيمة الغرس قائمًا ، ويحكم فيه من أجل سقيه وعلاجه ، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم .

وقيل : إنه يكون عليه قيمة نصف غرسه يوم بلغ وأثمر ، وأحرثه من يومئذ في قيامه عليه إلى يوم يحكم فيه ، وهو قول ابن حبيب في «الواضحة » .

والغلة بينهما في جميع ذلك على ما اشترطناه ، والصحيح من ذلك ما بدأنا به أن يكون عليه نصف قيمة الغرس مقلوعًا يوم وضعه في الأرض ، وأجرة مثله في غرسه وقيامه عليه إلى يوم الحكم ، وهذا يأتي على أن الغرس نصفه على ملك الغارس ونصفه على ملك رب الأرض ، وصلى الله على نبينا محمد .

❑❑❑



فهرس الموضوعات



فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

كتاب المرابحة

كتاب الوكالات

كتاب العرايا

كتاب التجارة إلى أرض الحرب

كتاب التدليس بالعيوب

كتاب الاستبراء

كتاب الصلح

كتاب تضمين الصناع

كتاب الجعل والإجارة

كتاب المساقاة

كتاب الجوائح

كتاب كراء الرواحل والدواب

كتاب كراء الدور والأرضين